

Tilburg University

Recht tussen mens en techniek

Tjong Tjin Tai, Eric

Published in:

De toekomst van de jurist, de jurist van de toekomst

Publication date:

2020

Document Version

Publisher's PDF, also known as Version of record

[Link to publication in Tilburg University Research Portal](#)

Citation for published version (APA):

Tjong Tjin Tai, E. (2020). Recht tussen mens en techniek. In *De toekomst van de jurist, de jurist van de toekomst: Preadviezen NJV 2020* (pp. 177-198). (NJV preadviezen; Vol. 150). Wolters Kluwer.

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

De toekomst van de jurist, de jurist van de toekomst

Preadviezen van

Anna Berlee

Mark Bovens

Job Buiting

Anne Ruth Mackor

Elaine Mak

Jos Silvis

Eric Tjong Tjin Tai



De toekomst van de jurist, de jurist van de toekomst

De toekomst van de jurist, de jurist van de toekomst

Preadviezen van

mr. dr. Anna Berlee

prof. dr. mr. Mark Bovens

mr. Job Buiting

prof. mr. dr. Anne Ruth Mackor

prof. mr. dr. Elaine Mak

mr. Jos Silvis

prof. mr. dr. Eric Tjong Tjin Tai



Wolters Kluwer

Wolters Kluwer – 2020

Citeerwijze:

A. Berlee e.a., *De toekomst van de jurist, de jurist van de toekomst*, Deventer: Wolters Kluwer 2020.

Ontwerp omslag: Hans Roenhorst, www.h2rplus.nl

© 2020 mr. dr. Anna Berlee, prof. dr. mr. Mark Bovens, mr. Job Buiting, prof. mr. dr. Anne Ruth Mackor, prof. mr. dr. Elaine Mak, mr. Jos Silvis, prof. mr. dr. Eric Tjong Tjin Tai

Alle rechten in deze uitgave zijn voorbehouden aan Wolters Kluwer. Niets uit deze uitgave mag worden verveelvoudigd, opgeslagen in een geautomatiseerd gegevensbestand, of openbaar gemaakt, in enige vorm of op enige wijze, hetzij elektronisch, mechanisch, door fotokopieën, opnamen of enige andere manier, zonder voorafgaande schriftelijke toestemming van Wolters Kluwer.

Voor zover het maken van kopieën uit deze uitgave is toegestaan op grond van art. 16h t/m 16m Auteurswet jo. Besluit van 27 november 2002, Stb. 2002, 575, dient men de daarvoor wettelijk verschuldigde vergoeding te voldoen aan de Stichting Reprorecht te Hoofddorp (Postbus 3051, 2130 KB).

No part of this book may be reproduced in any form, by print, photoprint, microfilm or any other means without written permission from the publisher.

Hoewel aan de totstandkoming van deze uitgave de uiterste zorg is besteed, aanvaarden de auteur(s), redacteur(en) en Wolters Kluwer Nederland B.V. geen aansprakelijkheid voor eventuele fouten en onvolkomenheden, noch voor gevolgen hiervan.

ISBN 978-90-13-15908-0

ISBN 978-90-13-15909-7 (E-book)

NUR 820-101

NAVIGATOR

De preadviseurs



Mr. dr. Anna Berlee is senior adviseur bij de Autoriteit Persoonsgegevens. Daarnaast is ze honorair universitair docent privaatrecht bij het Molengraaff Instituut voor Privaatrecht en geassocieerd onderzoeker van het Montaigne Centrum voor Rechtsstaat en Rechtspleging, beiden van de Universiteit Utrecht. Haar onderzoek richt zich met name op de juridische aspecten van nieuwe technologieën en de inpassing daarvan in, alsmede invloed op, het (privaat)recht.



Prof. dr. mr. Mark Bovens studeerde staats- en bestuursrecht, politicologie en wijsbegeerte aan de Rijksuniversiteit Leiden en aan Columbia University Law school in New York (LL.M.). Hij is hoogleraar Bestuurskunde aan de Universiteit Utrecht en lid van de Wetenschappelijke Raad voor het Regeringsbeleid (WRR).



Mr. Job Buiting is wetgevingsjurist bij het Ministerie van Onderwijs, Cultuur en Wetenschap. Hij houdt zich voornamelijk bezig met wetgeving op het gebied van hoger onderwijs en studiefinanciering. Daarnaast is hij als buitenpromovendus verbonden aan de Universiteit Tilburg waar hij onderzoek doet naar de autonomie van de leraar bij het nemen van examenbeslissingen.



Prof. mr. dr. Anne Ruth Mackor is als hoogleraar professie-ethiek, in het bijzonder van juridische professies, verbonden aan de Faculteit Rechtsgeleerdheid van de Rijksuniversiteit Groningen. Zij heeft onder andere gepubliceerd over professionele autonomie en over de zin en onzin van gedragscodes en kernwaarden. Haar huidige onderzoeksproject betreft modellen van bewijzen in het strafrecht en de rol van scenario's en kansberekening. Mede voor dat laatste onderzoek kreeg zij een eredoctoraat van de Faculteit Rechtsgeleerdheid van de Universiteit van Lund (Zweden).



Prof. mr. dr. Elaine Mak is hoogleraar Encyclopedie van de Rechtswetenschappen en Rechtstheorie aan de Universiteit Utrecht. Zij verricht onderzoek naar de legitimiteit en het functioneren van rechtsstatelijke instituties, i.h.b. de rechterlijke macht, in een veranderende (Europese) context. Haar speciale belangstelling gaat daarbij uit naar de kennis, vaardigheden en professionele ethiek van de ‘jurist van de toekomst’ en de wijze waarop juridische opleidingen hieraan vormgeven. Zij is voorzitter van de Vereniging voor Wijsbegeerte van het Recht (VWR).



Mr. Jos Silvis is procureur-generaal bij de Hoge Raad (sinds 2016). Daarvoor was hij rechter in het Europees hof voor de rechten van de mens. Voor zijn periode in Straatsburg concludeerde hij als advocaat-generaal bij de Hoge Raad in strafzaken. Bij het gerechtshof Den Haag was hij vice-president en tevens lid van het gerechtshofbestuur. In de rechtbank Rotterdam zat hij als rechter en vice-president (voorzitter strafkamer). Hij begon zijn juridische loopbaan als universitair docent/wetenschappelijk medewerker bij de Universiteit Utrecht.



Prof. mr. Eric Tjong Tjin Tai heeft informatica gestudeerd aan de TU Delft en wijsbegeerte en rechten aan de Universiteit van Amsterdam. Na zes jaar werkzaam te zijn geweest als systeem-analist is hij overgestapt naar de advocatuur. Hij heeft gewerkt als cassatieadvocaat en in de ICT-IE praktijk bij Pels Rijcken & Droogleever Fortuijn. In 2007 promoveerde hij aan de Universiteit van Amsterdam op het proefschrift ‘Zorgplichten en zorgethiek’. Sinds 2007 is hij werkzaam aan Tilburg University, vanaf 2010 als hoogleraar privaatrecht. Zijn onderzoek richt zich op digitalisering en privaatrecht, met bijzondere aandacht voor data, platformen, aansprakelijkheid voor AI, blockchain en smart contracts, in verband met service contracts en netwerken.

Inhoudsopgave

<i>DE PREADVISEURS</i>	<i>V</i>
VOORWOORD	1
 <i>Elaine Mak</i>	 9
1	HET GEZAG VAN DE JURISTEN; EEN NORMATIEVE REFLECTIE 9
1.1	Dragers van de rechtsstaat 9
1.2	Afstand en nabijheid 12
1.3	Traditie en (ont)worteling 16
1.4	Instituut en persoon 19
1.5	T-shaped superheld? 25
1.6	Voorbij het Calimero-complex 28
1.7	De toekomst tegemoet 31
1.8	Wetenschappelijke referenties 33
 <i>Mark Bovens</i>	 37
2	HET GEZAG VAN DE JURISTEN; EEN EMPIRISCHE VERKENNING 37
2.1	Het maatschappelijk gezag van de juristen 37
2.2	Meer juristen, maar minder marktaandeel 38
2.3	Een hoge maatschappelijke status en veel vertrouwen 45
2.4	Juristen op gezaghebbende posities: van centrum naar periferie 50
2.5	Wel veel aanzien, maar minder macht 57
2.6	Referenties 58
2.7	Geraadpleegde datasets 60

<i>Job Buiting</i>		65
3	HET GEZAG VAN DE JURIST DOOR DE LENS VAN VERANDERINGEN IN HET HOGER ONDERWIJS	65
3.1	Inleiding	65
3.2	Veranderingen in het hoger onderwijs van 1815 tot nu	66
3.2.1	Hoger onderwijs in de 19e eeuw	66
3.2.2	Het veranderende hoger onderwijs tot de jaren 60	67
3.2.3	Groei van het hoger onderwijs in de jaren 60 en 90	68
3.2.4	Tussenconclusie	69
3.3	Het gezag van de jurist	70
3.4	Conclusie	71
<i>Anne Ruth Mackor</i>		75
4	JURIDISCHE BEROEPSETHIEK; OVER MACHT EN MORAAAL, SOFT LAW EN SOFT SKILLS, T-VORMIGE JURISTEN EN KANSEN-RECHTERS	75
4.1	Inleiding	75
4.2	Ethisch reveil of machtsstrijd?	77
4.2.1	Professionalisme, bureaucratie en consumentisme	77
4.2.2	Gedragscodes en kernwaarden als wapens in een machtsstrijd	79
4.2.3	Conclusie: macht of moraal?	81
4.3	Soft law en beroepsethiek of soft skills en sociaalpsychologische kennis	82
4.3.1	Risicofactoren in de (rechts)wetenschap	83
4.3.2	Wangedrag in de wetenschap	85
4.3.3	Sociaalpsychologische theorieën als praktische handvatten	86
4.3.3.1	Vier componenten theorie	87
4.3.3.2	Omstandereffect	88
4.3.3.3	Mechanismen van morele onthechting	89
4.3.3.4	Giftige driehoek	91
4.3.4	Ten slotte	92
4.4	Deskundigheid als kern-kernwaarde	93
4.4.1	De T-vormige jurist: oude wijn in nieuwe zakken?	93
4.4.2	Risicosamenleving	95
4.4.3	Kansen-rechtspraak	97
4.4.4	Deskundigencolleges	98
4.4.5	‘Juridisch-rechters’ en ‘kansen-rechters’	99
4.4.6	Openbreken van het juridische monopolie	101
4.4.7	Paard van Troje?	102
4.5	Conclusie	103

<i>Jos Silvis</i>		111
5	KERNWAARDEN VOOR JURISTEN?	111
5.1	Inleiding	111
5.2	Kernwaarden voor advocaten	116
5.3	Kernwaarden voor aanklagers	119
5.4	Kernwaarden voor rechters	122
5.5	Het rechterlijk domein	126
5.6	Professionele standaarden	135
5.7	Slot	140
<i>Anna Berlee</i>		143
6	DIGITALISERING EN DISRUPTIE IN HET RECHT EN DE GEVOLGEN VOOR DE JURIDISCHE PROFESSIONS	143
6.1	‘Niet over ’s Keizers baard redetwisten’	143
6.2	Ontwikkelingen in de techniek	144
6.2.1	Definities	144
6.2.2	Digitalisering en juridische professies: niets nieuws onder de zon?	145
6.2.3	Juridische kennissystemen	146
6.2.4	Een hooiberg aan gedigitaliseerde (juridische) informatie	148
6.2.5	Het zoeken naar een digitale speld	149
6.2.5.1	Wat zegt u?	149
6.2.5.2	Wat bedoelt u?	150
6.2.5.3	Het vinden van informatie	151
6.2.5.4	Het vinden van relevante informatie	152
6.2.5.5	De terugkoppeling – output	153
6.2.6	Juridische argumentatie	154
6.2.6.1	XAI	154
6.2.6.2	Juridische argumentatie herkennen en verwerken	155
6.2.7	(Administratieve) automatisering	157
6.3	De juridische professies en ontwikkelingen die (mogelijk) disruptief zijn of ondersteunend	158
6.3.1	De advocaat	159
6.3.2	De notaris	162
6.3.3	De rechter	166
6.3.4	De overheidsjurist	169
6.4	De jurist als piloot?	172

<i>Eric Tjong Tjin Tai</i>		177
7	RECHT TUSSEN MENS EN TECHNIEK	177
7.1	Digitalisering als vliegtuig	177
7.2	Autoriteit en algoritme	184
7.3	Het algoritme als A-G?	190
7.4	De jurist als musicus	194
7.5	Tot besluit	197

Voorwoord

Inleiding

In 1870 werd de Nederlandse Juristen-Vereniging opgericht. Zowel aan het verleden van de vereniging als aan haar bijdrage aan de discussie over en de ontwikkeling van het recht, is in de lustrumjaren 1970 en 1995 in boekvorm aandacht besteed.¹ In de aanloop naar de viering van het 150-jarig bestaan van de NJV, heeft het bestuur gemeend dat het te vroeg is om een derde jubileumboek uit te brengen waarin vooral het verleden centraal staat. De uiteenzetting van Lokin en Jansen over de opzet en de inrichting van de sinds 1870 uitgebrachte preadviezen en van de betekenis daarvan voor rechtswetenschap en rechtspraktijk, is bijvoorbeeld van betrekkelijk recente datum (1995). Daaraan zou, ook door de kwaliteit van die beschouwing, op dit moment nog niet heel veel kunnen worden toegevoegd.²

Het centrale thema van dit lustrumjaar beoogt het verleden in verbinding te brengen met het heden en vooral met wat komen gaat: de jurist van de toekomst, de toekomst van de jurist. De keuze voor dat thema begon met de tamelijk vage notie dat de betekenis die in de samenleving aan juridische concepten en beslissingen wordt toegekend in de loop der tijd, onder invloed van tal van maatschappelijke ontwikkelingen, is gewijzigd. Het gezag van juristen en van de resultaten van hun werk is niet meer vanzelfsprekend. De dominante positie van juristen in belangrijke sectoren, zoals die van het openbaar bestuur of die van de (mede)wetgeving, is een beeld uit vervlogen tijden. In 150 jaar is veel veranderd. Meer dan tot nostalgische mijmeringen over het verleden, geeft dat aanleiding tot reflectie op en debat over de actuele en de toekomstige plaats van juristen in de samenleving. Wat heeft de jurist te bieden? Wat is de meerwaarde van de deskundigheid van de jurist? En ook: in welke mate kan en moet de jurist inspelen op bijvoorbeeld veranderende verhoudin-

1 *Honderd jaar rechtsleven. Nederlandse Juristen-Vereniging 1870-1970*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1970 en J.H.A. Lokin en C.J.H. Jansen, *Tussen droom en daad. De Nederlandse juristen-vereniging 1870-1995*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1995.

2 Op de website van de NJV is overigens een historisch overzicht te vinden van de sinds 1947 uitgebrachte preadviezen.

gen tussen overheid en burger en op innovaties op technologisch terrein? Hoe wordt vormgegeven aan de professionele ethiek van degenen die in juridische beroepen werkzaam zijn?

Deze en andere vragen komen aan bod in de preadviezen die in dit boek zijn gebundeld. Die hebben dit jaar, op verzoek van het bestuur, een essayistische opzet. Drie onderwerpen binnen het algemene thema zijn in de preadviezen uitgelicht:

- (1) de betekenis, het aanzien en het gezag van juristen,
- (2) de integriteit en de ethiek van juristen, en
- (3) digitalisering in het recht en de gevolgen daarvan voor juridische professies.

Naast de preadviezen over deze onderwerpen zijn in dit boek de opstellen opgenomen van drie referenten. Zij hebben belangrijke bouwstenen aangeleverd voor een vruchtbare gedachtewisseling over de preadviezen. Een eerste debat vond, zoals de laatste jaren gebruikelijk is, plaats tijdens een expertmeeting met studenten en jonge juristen. Naar aanleiding van die op 31 januari 2020 gehouden bijeenkomst in een zittingzaal van de Hoge Raad, is aan Job Buiting gevraagd zijn bijdrage – waarin de invloed van ontwikkelingen in het hoger onderwijs op de positie van juristen in het openbaar bestuur wordt beschreven – eveneens in dit boek te publiceren.

Het gezag van juristen

In het preadvies van Elaine Mak wordt, vanuit verschillende perspectieven, geschetst hoe het gezag van juristen in de samenleving vorm krijgt en verandert. Zij benadrukt de dubbele rol van juristen, die niet alleen staan voor de ambachtelijkheid van rechtstoepassing en rechtsontwikkeling maar ook voor de verbeelding van kernwaarden van de democratische rechtsstaat. In een *tour d'horizon* beschrijft Mak tal van actuele ontwikkelingen, waarbij onder meer onderwerpen als terugkerende IS-strijders, de #MeToo-beweging, het hier te lande gevoerde debat over Zwarte Piet en twitterende rechters de revue passeren. Zij ziet voor juristen een belangrijke rol weggelegd in soms hoogoplopende discussies over complexe vraagstukken die verband houden met een rechtvaardige ordening van de samenleving. Als dragers van de rechtsstaat zijn zij, aldus Mak, bij uitstek geëquipeerd om een sterke maatschappelijke rol te vervullen. In haar woorden: een waardige en moedige houding, gebaseerd op rechtsstatelijke uitgangspunten, is een constituerend element van het gezag dat door de samenleving aan juristen is toegekend.

In aansluiting op het preadvies van Mak, heeft Mark Bovens aan de hand van empirische gegevens de ontwikkeling van het gezag en het aanzien van juristen in kaart gebracht en heeft Job Buiting de invloed van ontwikkelingen

in het hoger onderwijs beschreven. De gegevens die Bovens heeft ontsloten, laten in zekere zin een geruststellend beeld zien: klassieke juridische beroepen (rechter, advocaat, notaris) genieten bijvoorbeeld nog steeds een hoge status en het maatschappelijk vertrouwen in juridische instituties en het rechtssysteem blijft op peil of neemt zelfs toe. Tegelijkertijd hebben juristen hun dominante positie ‘in het centrum van de macht’ – in de politiek, in de hoogste regionen van de departementen en in de raden van bestuur van grote bedrijven – prijs moeten geven. Zij zijn, aldus Bovens, in dat opzicht naar de periferie verdrongen. Hij verbindt daaraan, net als Elaine Mak, de conclusie dat juristen meer aan zendingswerk moeten doen: omdat de juridische rationaliteit in de huidige verhoudingen vaker de kans loopt het onderspit te delven in beleid en politiek, zullen juristen het woord van de rechtsstaat op geëigende momenten duidelijker moeten verkondigen.

Job Buiting is over dat zendingswerk sceptischer. Hij bepleit een rol van de jurist die niet (primair) is gericht op het uitdragen van rechtsstatelijke waarden, maar veeleer op een open houding naar andere expertises. De jurist heeft in zijn visie vooral een taak te vervullen in het samenbrengen van inzichten uit verschillende kennisgebieden, om zo daadwerkelijk bij te dragen aan maatschappelijk relevante oplossingen voor lastige vraagstukken. Dat prikkelende standpunt kan in elk geval als een erkenning van de noodzaak tot gepaste scheidenheid van juristen worden aangemerkt.

Ethiek en kernwaarden

Prikkelend is ook het preadvies van Anne Ruth Mackor. Haar drieluik begint met een kritische beschouwing van de toegenomen aandacht voor de ethiek van juristen en van de daarmee verband houdende ontwikkeling van gedragscodes en kernwaarden binnen de rechtspraak, het Openbaar Ministerie en de advocatuur. Die weerspiegelen in haar visie niet primair een intrinsieke belangstelling voor morele dilemma's of voor integriteitsproblemen. Documenten met die inhoud worden vooral als instrument gebruikt in het spanningsveld tussen autonomie enerzijds en de roep om verantwoording en transparantie anderzijds. Juristen doen een beroep op kernwaarden om een dam op te werpen tegen al te vergaande bemoeienis van derden, terwijl die derden daarin juist steun vinden voor het verlangen om de invulling van de aan juridische professionals opgedragen verantwoordelijkheden te toetsen en te controleren. Vruchtbaarder dan een beroep op codes en kernwaarden, is het volgens Mackor om sociaalpsychologische inzichten te benutten om integriteitsproblemen te signaleren en te analyseren en om de naleving van ethische normen te bevorderen. In het tweede deel van het drieluik onderbouwt zij dat standpunt. In het laatste deel komt Mackor, die deskundigheid als de onderscheidende kernwaarde van elke professie ziet, tot de belangrijke vraag of de klassieke toga-

draggers in voorkomende zaken niet op de grenzen van hun deskundigheid stuiten. De complexiteit van wetenschappelijke kennis, in het bijzonder ook op het terrein van de statistiek en de kansrekening, brengt haar tot het radicale voorstel om een deskundige op het terrein van de kanstheorie of de statistiek deel te laten uitmaken van rechterlijke colleges. Een deskundige op dat terrein is, meer dan de jurist, in haar visie in staat de juiste vragen te stellen aan materiedeskundigen, wier rapporten of verklaringen van doorslaggevende invloed kunnen zijn op de uitkomst van een zaak.

In zijn referaat bespreekt Jos Silvis dat voorstel van Mackor in een breder verband, waarin hij de voor juristen onderscheidende kernwaarde vindt in de verbinding met de rechtsstaat of de *rule of law*. Die is bij de togaberoepen op zichzelf in goede handen, maar Silvis uit ook zijn zorgen en hij toont zich op onderdelen kritisch. Dat geldt bijvoorbeeld voor de uitkomst van de discussie over kernwaarden van de advocatuur, waarin naar zijn oordeel een te ruime invulling wordt gegeven aan het concept van partijdigheid. De kernwaarde van partijdigheid heeft slechts betekenis in relatie tot rechtsbescherming en gerechtvaardigde belangen van de cliënt. Zij kan niet worden doorgetrokken naar een kale belangenbehartiging zonder een op aan het recht ontleende normatieve oriëntatie. Hij waarschuwt er in dat verband voor dat ethisch minimalisme niet zonder risico's is, onder meer voor de instandhouding van het verschoningsrecht voor advocaten. Silvis is net als Mackor kritisch over de meest recente versie van de Gedragscode voor het Openbaar Ministerie – ‘een merkwaardig deugdpronkend pamflet’ – en op de opstelling van rechters die hun ongenoegen hebben geuit over onder meer organisatorische veranderingen in de rechtspraak, de financiering van de rechtspraak en de implementatie van professionele standaarden binnen de rechtspraak.

Digitalisering

Het preadvies van Anna Berlee geeft allereerst een handzaam overzicht van de relevante ontwikkelingen in de (digitale) techniek. Dat is nodig om de mogelijkheden en de beperkingen van *LegalTech* te begrijpen. De consequenties daarvan voor het werk van de advocaat, de notaris, de rechter en de overheidsjurist zijn divers, maar zullen er – aldus Berlee – niet toe leiden dat de jurist zal worden vervangen door technologie. Praktische taken van juristen kunnen worden overgenomen door technologie. In menig opzicht zullen digitale technieken de jurist kunnen ondersteunen. Aan het einde van haar preadvies trekt Berlee daarom een parallel met de werkverdeling tussen piloot en automatische piloot in de besturing van een vliegtuig: zoals de piloot veel werk kan overlaten aan de automatische piloot en pas echt aan de slag gaat als het spannend wordt (opstijgen, dalen, noodsituaties), zo zal op de jurist van de toekomst vooral een beroep worden gedaan bij het ‘werkelijk creatieve en inhoud-

delijk moeilijke werk' en zal een computersysteem het overige werk voor zijn rekening nemen, volgens de door de jurist ingezette koers.

Eric Tjong Tjin Tai onderschrijft in zijn bloemrijke bijdrage de hoofdlijnen van het preadvies van Berlee. Digitalisering in het recht wordt, zo benadrukt hij, ten onrechte veelal in de sleutel gezet van vervanging van mensen door – kort gezegd – algoritmen. De rechter moet mens zijn, zo schrijft Tjong Tjin Tai, om te kunnen motiveren, om bijzondere gevallen te herkennen, om te begrijpen wat de in een afweging te betrekken belangen daadwerkelijk inhouden en daarmee om bij te dragen aan een rechtvaardige samenleving. Techniek kan dat mensenwerk ondersteunen en faciliteren en daardoor verbeteren. Dan is het wel van essentieel belang dat juristen in staat zijn controle te hebben over digitale instrumenten, die aan te sturen en te verbeteren. Met alleen taalvaardigheid komt de jurist van de toekomst er daarom niet.

Uitleiding

In 150 jaar is veel veranderd. Het recht is een stevige en steeds omvangrijker pijler waarop de samenleving rust. Maar in veel sectoren van het maatschappelijk leven neemt de jurist geen centrale positie in. Zelfs binnen het klassiek juridische domein van de rechtspraak staat het monopolie van juristen ter discussie. Het voorstel van Mackor om deskundigen op het terrein van statistiek of kansrekening deel te laten uitmaken van een rechterlijk college, getuigt daarvan. Ook ontwikkelingen op het terrein van digitalisering laten, zoals blijkt uit de bijdragen van Berlee en Tjong Tjin Tai, de positie van professionals die zich bezighouden met rechtstoepassing en rechtsontwikkeling niet onberoerd.

In vrijwel alle bijdragen klinkt daarom de roep om samenwerking met andere disciplines door. Die sluit aan op de nuchtere vaststelling dat juristen niet het stralende middelpunt van belangrijke instituties in het openbaar bestuur vormen of de hoogste regionen van het bedrijfsleven bevolken. Tegelijkertijd roept dat gegeven de vraag op wat dan nog de toegevoegde waarde is van de bijdragen van juristen aan het maatschappelijk debat en aan de ordening van de samenleving. Past ook in dat opzicht bescheidenheid, en moeten juristen vooral een rol spelen in het verbinden van verschillende kennisgebieden om tot een werkbare oplossing van complexe problemen in de maatschappij te komen (Buiting)? Of mag van juristen toch meer worden verwacht, zeker in onrustige tijden, als het gaat om de idealen van de democratische rechtsstaat en het streven naar rechtvaardigheid (Mak, Bovens, Silvis, Tjong Tjin Tai)? En wat betekenen die normatieve ideeën voor de ethiek van juristen en voor de wijze waarop die in de verschillende beroepsgroepen wordt gepercipieerd en daaraan vorm wordt gegeven?

Elk jaar is het de ambitie van het bestuur van de NJV om discussie over het recht en de algemene rechtsontwikkeling te stimuleren. Daarvoor is het in grote mate afhankelijk van de bijdragen van preadviseurs en referenten. De kwaliteit van de opstellen die in dit boek zijn opgenomen, garandeert naar onze overtuiging een levendig en vruchtbaar debat op de jaarvergadering. Wij zijn de preadviseurs en de referenten daarvoor veel dank verschuldigd. Tijdens de jaarvergadering zal overigens ook op gepaste wijze worden stilgestaan bij het 150-jarig bestaan van de vereniging.

In nog een ander opzicht zal die vergadering bijzonder zijn. Kort voor de ontvangst van de drukproeven van dit boek heeft het bestuur van de NJV namelijk moeten besluiten de jaarvergadering uit te stellen. In verband met de door de overheid genomen maatregelen ter bestrijding van de verspreiding van het coronavirus, kan deze niet plaatsvinden op de tweede vrijdag in de maand juni, zoals sinds jaar en dag gebruikelijk is. Het lustrumjaar vierden we daarom in het najaar van 2020. We hopen velen van u dan te ontmoeten, in goede gezondheid.

De begeleidingscommissie van de NJV:

Rien den Boer
Arlette Schijns
Stijn Franken

Het gezag van de juristen; een normatieve reflectie

*Elaine Mak**

Inhoud

1.1	Dragers van de rechtsstaat	9
1.2	Afstand en nabijheid	12
1.3	Traditie en (ont)worteling	16
1.4	Instituut en persoon	19
1.5	<i>T-shaped</i> superheld?	25
1.6	Voorbij het Calimero-complex	28
1.7	De toekomst tegemoet	31
1.8	Wetenschappelijke referenties	33

* De auteur dankt Lisa Ansems, Job Buiting, de studenten en overige deelnemers aan de NJV-expertmeeting op 31 januari 2020 en daarnaast Lukas van den Berge, Kees van den Bos, Niels Graaf en het NJV-bestuur voor commentaar op een eerdere versie van dit preadvies en de stellingen. Dank aan student-assistent Taco Brinkman voor zijn bijdrage aan het literatuuronderzoek voor dit preadvies.

1 | Het gezag van de juristen; een normatieve reflectie

Elaine Mak

1.1 Dragers van de rechtsstaat

Het siert de Nederlandse Juristen-Vereniging dat zij als 150-jarige niet mijmert over vervlogen tijden, maar de blik vooruit richt. Wie is de jurist van de toekomst en wat is de toekomst van de jurist? Een belangrijk element in de beantwoording van deze vraag betreft het gezag van juristen in de samenleving. Immers, gezag raakt aan de kern van de maatschappelijke betekenis en waardering van instituties, inclusief de juristerij, waarbij fluctuaties in die betekenis en waardering zichtbaar zijn tussen verschillende tijdspannes.¹ Naast de thema's 'ethiek' en 'digitalisering' heeft de NJV hiermee dus een kernpunt ter overdenking te pakken. In deze bijdrage zal een reflectie op het gezag van juristen plaatsvinden, waarbij voorbeelden zich toespitsen op de juridische deelgemeenschappen van rechterlijke macht, advocatuur en wetgeversjuristen.

Bij het nadenken over het gezag van juristen kan vanuit verschillende perspectieven worden vertrokken. Gaat het om een 'interne' waardering van de rechtsdogmatiek en haar ontwikkeling? Dan heeft gezag vooral betrekking op de correcte en zorgvuldige toepassing van het recht in procedures en op de aanpassing van het recht als nieuwe gevallen daarom vragen met het oog op rechtvaardige uitkomsten. Een inherente spanning betreft die tussen algemeen geldende rechtsregels en de rechtvaardigheid in concreto in zaken die niet goed onder die regels te vatten zijn. Juristen ontleen hun gezag dan aan de deskundigheid om dit soort 'moeilijke' gevallen² af te handelen op een wijze die aanvaardbaar is voor partijen en voor de samenleving. Het gaat in dit perspectief tot slot niet alleen om de inhoud van het juridische werk (zoals een advies

1 E. Tonkens, 'De wedergeboorte van gezag in de sociologie', *Sociologie* 2013, nr. 2, p. 227-231.

2 *Asser/Vranken, Algemeen Deel***, Deventer: Kluwer 1995.

of beslissing), maar ook om de motivering daarbij, die transparant, begrijpelijk en controleerbaar moet zijn.

Verder kijkend is een ander perspectief dat van een ‘externe’ waardering van de bijdrage die juristen leveren aan het maatschappelijke debat (een filosofisch perspectief). Bij die bijdrage kunnen we denken aan de rol van juristen als uitleggers en bewakers van de fundamentele waarden voor de gekozen ordening van onze samenleving, dat wil zeggen: de normativiteit van de rechtsstaat. Wetenschappelijke analyses en beleidsadvies zijn vormen waarin deze rol gestalte krijgt ten behoeve van de kwaliteit van wet- en regelgeving. In concrete zaken kunnen advocaten en rechters een bijdrage leveren aan het normatieve debat door rechtsstatelijke uitgangspunten, waaronder fundamentele rechten, te interpreteren in de zoektocht naar een wenselijke uitkomst.

Een andere ‘externe’ blik heeft een empirische grondslag. Het gaat dan om het gezag van juristen op basis van opvattingen in de samenleving (een sociologisch perspectief).³ In dit perspectief hebben juristen aanzien vanwege hun status, opleiding, autonomie en de eigen kwaliteitsbewaking van de professies (inclusief toelating). Voor juristen met overheidsmacht om regels te maken of zaken te beslissen komt daar het aspect van gelegitimeerde machtsuitoefening bij. Voor gezag in sociologische zin is nodig dat juristen worden gezien als actoren die op enige afstand staan van de samenleving en een bijzondere identiteit hebben, op basis waarvan het aanvaardbaar is dat zij oordelen over rechtzoekenden.⁴

De drie geschetste perspectieven staan in een onlosmakelijk verband met elkaar en zijn daarom alle belangrijk voor het bestaan en het behoud van gezag van juristen. De ambachtelijkheid van rechtstoepassing en -ontwikkeling en de normatieve bijdrage aan het maatschappelijke debat vormen twee kanten van dezelfde medaille. Zij kunnen duidelijk te onderscheiden zijn, bijvoorbeeld op de terreinen van geschilbeslechting in ‘eenvoudige’ gevallen (ambachtelijkheid) en regelgeving voor nieuwe situaties (normstelling). Zij kunnen ook samenkomen, in ‘moeilijke’ gevallen waarvan de aanpak zowel juridisch vakwerk als een normatieve argumentatie verlangt. Vanuit het sociologische perspectief volgt zichtbaarheid en daarnaast erkenning of kritiek met betrekking tot de juridisch-dogmatische en normatieve activiteiten van juristen. Een maatschappelijke reactie kan aanleiding geven tot aanpassingen, indien responsiviteit een uitgangspunt is voor het recht en de juridische institu-

3 C. Brinkgreve, ‘Het tanende gezag van de toga. Essay De lijdende rechter’, *Recht der Werkelijkheid* 2014, nr. 1, p. 84-89. In dit empirische perspectief passen ook inzichten uit (rechts)psychologisch onderzoek naar legitimiteitsvraagstukken.

4 Ibid.

ties.⁵ Hierbij valt nog op te merken dat zowel in de rechtenopleiding als in het maatschappelijke debat veel aandacht uitgaat naar ‘moeilijke’ gevallen, terwijl dit soort gevallen slechts een klein deel van alle rechtszaken betreft.

Door de tijd heen zijn veranderingen waarneembaar in de opvatting van de rol van juristen in de samenleving en de waardering hiervan vanuit de verschillende perspectieven op gezag. Maar er is één constante: de idee dat juristen dragers zijn van de rechtsstaat. Zij verbeelden en vertolken waar de rechtsstaat voor staat: voorkoming van willekeurige machtsuitoefening ten faveure van een samenleving waarin burgers zich veilig kunnen voelen en mogelijkheden hebben voor zelfontplooiing.⁶ Die rol komt het sterkste tot uitdrukking wanneer rechtsstatelijke waarden onder druk staan. Recent is in Europa bijvoorbeeld Malgorzata Gersdorf, eerste voorzitter van het Poolse Hooggerechtshof, geprezen om haar dapperheid en standvastigheid in een tijd van politieke hervormingen die de onafhankelijkheid van de rechterlijke macht bedreigen.⁷ Op 11 januari 2020 demonstreerden in Warschau rechters uit diverse Europese landen, waaronder ook een tiental Nederlandse rechters, tegen een nieuw wetsvoorstel dat Poolse rechters op straffe van tuchtrechtelijke maatregelen verbiedt kritiek te leveren op de door de PiS-regering ondernomen hervormingen van de rechtspraak.⁸ Vergelijkbare internationale steun is er onder academici voor hoogleraar Wojciech Sadurski, die kritiek op de Poolse politiek moest bekopen met meerdere door de regering aangezwengelde civiele en strafrechtelijke procedures.⁹ Rechters en rechtswetenschappers komen op deze manier op voor de fundamentele waarden van de rechtsstaat en de rol die juristen daarin vervullen. Ook de rol en het dagelijkse functioneren van juristen in Nederland kan op basis van deze grondgedachte nader worden verkend.

In deze bijdrage volgt vanuit de grondgedachte van de rechtsstatelijke rol van juristen en met oog voor de verschillende perspectieven op gezag een reflectie op belangrijke kernbegrippen die de rol en activiteiten van juristen in onze samenleving omkaderen: afstand en nabijheid; traditie en (ont)worteling; instituut en persoon; het beeld van de hedendaagse jurist als een *T-shaped* superheld; en het Calimero-complex dat de dynamiek bepaalt in sommige organisatorische kringen waar juristen werken. In lijn met de wens van het NJV-bestuur

5 P. Nonet en P. Selznick, *Law and Society in Transition: Towards Responsive Law*, New Brunswick/Londen: Transaction Publishers 2005 (oorspronkelijke uitgave 1978), hoofdstuk 4.

6 Zie voor een uitgebreidere conceptuele analyse E. Mak en S. Taekema, ‘The European Union’s Rule of Law Agenda: Identifying Its Core and Contextualizing Its Application’, *Hague Journal on the Rule of Law* 2016, vol. 8, p. 25-50.

7 P. Louwerse, ‘Nederlandse rechters steunen “dappere” Poolse collega’, *Mr. Online*, 2 december 2019.

8 J.J. Holtland, ‘In Warschau gaan Nederlandse rechters de barricaden op: “Het is onze plicht ons uit te spreken”’, *de Volkskrant*, 12 januari 2020.

9 G. de Búrca en J. Morijn, ‘Open Letter in Support of Professor Wojciech Sadurski’, *Verfassungsblog*, 6 mei 2019.

heeft deze bespiegeling een essayistisch karakter. Mijn voornaamste streven is om vanuit een contextuele benadering te schetsen hoe het gezag van juristen in onze samenleving vorm krijgt en verandert, te benoemen welke onderliggende normatieve uitgangspunten hierbij leidend zijn en suggesties te doen voor een sterkere maatschappelijke rol van de juristen van nu en van de toekomst.

1.2 Afstand en nabijheid

Het gezag van juristen berust, zoals gezegd, mede op het bestaan van een bepaalde afstand tot de samenleving. Dit is in de eerste plaats een figuurlijke afstand, die met betrekking tot het recht bestaat in de gefingeerde afstand ten opzichte van moraal en politiek¹⁰ en met betrekking tot juristen wordt opgevoerd door de mystiek die voor veel burgers hangt rondom juridische kennis en de rechtspraktijk.¹¹ Attributen, zoals de toga, en rituelen, zoals juridische processen, dragen bij aan deze ervaring van afstand. Het instituut staat centraal en de persoon van de jurist is slechts op de achtergrond zichtbaar. In de tweede plaats bestaat er een letterlijke afstand, doordat burgers doorgaans moeten reizen om bij een rechtbank of rechtshulpverlener te komen. Ook door deze geografische afstand krijgt het instituut bijzondere karaktertrekken.

Het ‘gezag door afstand’ zoals hier beschreven past echter niet meer goed bij de vragen en behoeften van de hedendaagse samenleving. Verschillende maatschappelijke ontwikkelingen liggen hieraan ten grondslag.

Een eerste ontwikkeling betreft de bron van gezag. Door de secularisering van de samenleving en de grotere mondigheid van burgers heeft gezag niet langer een oorsprong in geloof of traditie. Gezag wordt door burgers zelf toegekend. Met deze maatschappelijke tendens van de-institutionalisering is sprake van een verschuiving van normering van bovenaf (heteronomie) naar normering van onderop (autonomie).¹² Enerzijds betekent dit dat gezagsdragers afhankelijk zijn van degenen over wie zij gezag uitoefenen. Zij hebben democratische instemming nodig. Anderzijds vraagt de samenleving zelf om capabele gezagsdragers om de orde te bewaren en maatschappelijke doelstellingen te realiseren. Gezagsdragers kunnen zich capabel tonen door de inzet van hun kennis en inzicht ten behoeve van de samenleving en door het afleggen van

10 Nonet en Selznick (n. 5), hoofdstuk 3.

11 R.A. Posner, *The Problematics of Moral and Legal Theory*, Cambridge, MA: Belknap Press of Harvard University Press 1999, hoofdstuk 3.

12 A.M. Hol, ‘Rechtspraak: tussen heteronomie en autonomie’, in M.W. van Boven en P. Brood (red.), *Tweehonderd jaar rechters*, Hilversum: Uitgeverij Verloren 2011, p. 349-368.

verantwoording over hun handelen. Daarvoor is van belang dat zij voldoende geworteld zijn in de samenleving om zicht te hebben op de maatschappelijke behoeften en in de uitoefening van gezag responsief te zijn ten aanzien van die behoeften.¹³

Als tegenhanger van afstand is nabijheid als ijkpunt voor gezag belangrijker geworden.¹⁴ Deze nabijheid kan verschillende vormen aannemen. Met betrekking tot de inhoud van juridische beslissingen gaat het om transparantie en begrijpelijkheid. Initiatieven zoals het streven naar rechterlijke uitspraken in begrijpelijke taal sluiten hierbij aan. Met betrekking tot de vorm van juridisch werk gaat het om geografische nabijheid en toegankelijkheid. In het civiele en bestuursrechtelijke domein richt de aandacht zich bijvoorbeeld op de toegankelijkheid, betaalbaarheid en effectiviteit van rechterlijke procedures. Rechtspraak is in dit perspectief een vorm van dienstverlening aan rechtzoekenden voor een snelle, correcte en goedkope afhandeling van hun geschillen. Daarbij ligt de nadruk op de daadwerkelijke oplossing van het onderliggende conflict. De ontwikkeling van de Nieuwe zaaksbehandeling in het bestuursrecht en de facilitering van experimenten met Maatschappelijk effectieve rechtspraak in civiele zaken, zoals de Spreekuurrechter in Noord-Nederland en de Haagse wijkrechter, passen in deze denkwijze. Sommige nieuwe initiatieven, zoals het Netherlands Commercial Court, zijn zelfs gericht op de realisatie van een concurrentiepositie, in dit geval in de commercieel interessante markt voor internationale handelsgeschillen. Tegelijkertijd worden burgers gestimuleerd om gebruik te maken van alternatieven voor de rechtspraak, bijvoorbeeld *mediation*, met het oog op een maatschappelijk (kosten)effectieve inrichting van de door de overheid gefaciliteerde geschilbeslechting.

Tot nu toe ging het over de betekenis van noties als ‘afstand’ en ‘nabijheid’ voor de legitimatie van het gezag van juristen. De betekenis van deze begrippen is door maatschappelijke ontwikkelingen echter ook drastisch veranderd als feitelijk relevant element in juridische kwesties, met implicaties voor het werk van juristen. Het gaat dan in de eerste plaats om geografische afstand.¹⁵ In toenemende mate wordt erkend dat bepaalde maatschappelijke vraagstukken, zoals duurzaamheid of migratie, niet ophouden bij landsgrenzen en dat nieuwe afwegingen over juridische rechten en plichten nodig zijn. Een sprekend voorbeeld is klimaatverandering, waarbij de aanpak op nationaal niveau

13 H. Gommer, ‘Afstand van het mythisch gezag’, *Trema* 2008, nr. 2, p. 54-59.

14 Zie ook P. Rosanvallon, *La légitimité démocratique. Impartialité, réflexivité, proximité*, Parijs: Editions du Seuil 2008.

15 Zie hierover ook de preadviezen voor de NJV-vergadering 2019: K. Arts, L. Boer, M. Scheltema, T. Strik, A. Terlouw en W. Werner, *De grenzen voorbij: de actualiteit van territorialiteit en jurisdictie*, Deventer: Wolters Kluwer 2019.

niet alleen implicaties heeft voor de eigen burgers van een staat maar mogelijk ook voor mensen elders in de wereld en voor toekomstige generaties. De ontwikkeling van *public interest litigation*, waarvan de Urgenda-zaak een illustratie is, geeft aan burgers nieuwe mogelijkheden om politieke actie af te dwingen voor een brede groep belanghebbenden. Door brede publiciteit en internationale samenwerking tussen belangengroepen worden rechterlijke uitspraken in dit soort zaken bovendien opgepikt door juristen in andere landen en dragen zij daarmee bij aan transnationale rechtsontwikkeling.

Naast deze globalisering van recht en rechtspraktijk zijn technologische ontwikkelingen van invloed op de betekenis van fysieke afstand tussen personen als relevante factor in juridische kwesties. Sociale en juridische relaties zien er door digitalisering anders uit dan in het verleden.¹⁶ Met een druk op de knop kunnen burgers aankopen doen in China of via e-mail en sociale media contact onderhouden met anderen waar dan ook in de wereld. Een kleine groep technologiebedrijven – de ‘big five’ Facebook, Amazon, Apple, Microsoft en Google (Alphabet) – domineert de Westerse markt voor onlinediensten zoals internetzoekfuncties en *social networking* en heeft daarmee een grote economische machtspositie verworven. Hierdoor komen tal van nieuwe juridische vragen op met betrekking tot economische regulering en de bescherming van rechten van burgers, onder andere in het consumentenrecht. Ook de rol en het functioneren van rechtspraak en rechtshulp staan ter discussie, waar burgers door private *online dispute resolution* (bijvoorbeeld bij Airbnb) toegang hebben tot nieuwe mogelijkheden voor geschilbeslechting maar vaak niet met dezelfde procedurele waarborgen als bij de rechter. Zowel juristen die betrokken zijn bij de totstandkoming van regelgeving als juristen die actief zijn in geschilbeslechting dragen bij aan rechtsvorming in respons op deze maatschappelijke ontwikkelingen.

Digitalisering is ook van invloed op de mobilisatie van rechtzoekenden en kan op die manier voeding geven aan nieuwe zaken van individuen waarbij op de achtergrond een groter maatschappelijk vraagstuk speelt. Een voorbeeld hiervan betreft de #MeToo-beweging, die seksueel grensoverschrijdend gedrag door personen in machtsposities aan de kaak stelt. Sociale media bieden hier een nieuw platform om slachtoffers een stem te geven, maatschappelijk bewustzijn te realiseren en het debat in de samenleving over omgangsvormen en sociale veiligheid te voeden. Tegenover deze voordelen staat het risico dat vermeende daders zonder eerlijk proces worden zwartgemaakt in een *trial by media*. Juridische vragen die opkomen, betreffen de aansprakelijkheid (straf- en/of civielrechtelijk) voor normschendingen, de kans op succes in procedures

16 Zie ook de bijdragen van Berlee en Tjong Tjin Tai.

en het recht van aangeklaagden op een eerlijk proces. Juristen kunnen uitleggen welke juridische normen relevant zijn en een onderbouwd standpunt presenteren over de interpretatie of toepassing van deze normen. Daarbij kunnen zij duidelijk maken welke mogelijkheden en onmogelijkheden procederen biedt. Ook kunnen zij, in samenwerking met bijvoorbeeld ethici en psychologen, adviseren over alternatieve strategieën om normschendingen aan te pakken of zelfs te voorkomen. Hiermee leveren juristen een bijdrage aan het maatschappelijke debat over manieren om sociale veiligheid te garanderen, onder andere in werksituaties, en over een rechtvaardige en effectieve aanpak van misstanden.¹⁷ Hun rol is dus tweeledig: rechtshulpverlener in concrete zaken en ‘uitlegger’ van de normativiteit van de rechtsstaat in het bredere debat.

Een voorbeeld dat hieraan raakt en de specifieke rol van juristen verder onderstreept, betreft de toegenomen behoefte in de samenleving aan erkende en afgebakende *safe spaces* voor debat. Hier staat sociale veiligheid in de breedste zin van het woord centraal ten behoeve van een dialoog op basis van gelijkheid en inclusie van deelnemers. Onderling vertrouwen krijgt bevestiging in respect voor de persoon en standpunten van de gespreksdeelnemers. Tegelijkertijd moet er in de gezamenlijke reflectie ruimte zijn voor tegenspraak en discussie. Hoe ingewikkeld de praktische uitwerking van deze principes is, blijkt in sociale omgevingen waar mensen van diverse achtergronden en met uiteenlopende persoonlijke opvattingen en ervaringen elkaar ontmoeten. In ons land kan bijvoorbeeld worden gewezen op het hoogopgelopen debat over Zwarte Piet, waarin zowel voor- als tegenstanders zich aangevallen voelen door de stellingname van de andere groep. Vanuit de universiteiten wordt ten aanzien van *safe spaces* – begrepen als plaatsen waar dialoog mogelijk is zonder *biases*, conflict, kritiek of mogelijk bedreigende ideeën of handelingen¹⁸ – met interesse gekeken naar ontwikkelingen in andere landen, in het bijzonder de Verenigde Staten. Daar is veel discussie ontstaan over het gebruik van *content warnings* bij hoorcolleges over gevoelige onderwerpen of *trigger warnings* voor studenten bij wie de collegestof mogelijk een herinnering aan een traumatische ervaring oproept.¹⁹ Ook in deze ontwikkeling met betrekking tot de sociale ruimte hebben juristen een rol te vervullen. Zij kunnen uitleggen welke juridische mogelijkheden en onmogelijkheden er zijn om enerzijds intimidatie, discriminatie, smaad en psychologische schade tegen te gaan en an-

17 Zie overigens voor een pessimistische analyse van de impact van de #MeToo-beweging M. Laterveer, ‘Het jaar waarin de stilte toch niet werd doorbroken’, *FD*, 4 januari 2020.

18 K. Ho, ‘Tackling the Term: What is a Safe Space?’, *Harvard Political Review*, 30 januari 2017.

19 De University of Chicago heeft als eerste universiteit uitdrukkelijk afstand genomen van *safe spaces* waarin bepaalde visies worden uitgesloten en in de *Chicago Principles* het belang van academische vrijheid vooropgesteld.

derzijds fundamentele vrijheden (meningsuiting, betoging, academische vrijheid) te beschermen. Juristen kunnen bovendien een bijdrage leveren aan het normatieve debat in de samenleving over de afweging van voor- en nadelen en de bescherming van verschillende belangen die spelen rondom de erkenning en afbakening van *safe spaces*.

Wat de besproken voorbeelden verhelderen, is dat de deskundigheid van juristen essentieel is om tot keuzes in regelgeving en beleid te komen waarin alle relevante gezichtspunten tegen elkaar zijn afgewogen om een rechtvaardige uitkomst op basis van rechtsstatelijke waarden te bereiken. Een kenmerk van de beschreven maatschappelijke vraagstukken is dat zij samenhangen met een vraag om normatieve herwaardering van de sociale orde en gedragsnormering daarin. Die herwaardering vereist bewustwording van onderliggende waarden en categorisering van gedragingen die wel of niet toelaatbaar worden geacht. Juist juristen beschikken door hun opleiding en training over de kennis en vaardigheden om relevante feiten en normen aan te wijzen, te ordenen en te evalueren. Zij zijn op basis hiervan in staat om – in samenwerking met andere experts – adviezen te geven of juridische beslissingen te nemen die individuen en de samenleving als geheel verder helpen.

1.3 Traditie en (ont)worteling

Gezag van juristen heeft ook een temporeel of historisch aspect. Dit betreft de verankering van juridische rollen in de ordening en het functioneren van onze samenleving. De juridische gemeenschap vormt in de samenleving een professioneel collectief, dat haar rol vervult op basis van bepaalde kernwaarden en een bepaalde deskundigheid.

De ontwikkeling van de institutionele cultuur gaat samen met een leerproces van individuele juristen. Juristen leren te handelen volgens het verwachtingspatroon van de juridische gemeenschap. Zij kunnen pas effectief hun werk verrichten na toetreding tot de traditie, dat wil zeggen een geheel van normen en praktijken dat in de juridische gemeenschap wordt doorgegeven.²⁰ Deze traditie heeft een constitutieve functie, in de zin dat individuen een manier van denken en handelwijzen krijgen aangereikt die hun in staat stellen de werkelijkheid te interpreteren en het eigen handelen te bepalen. Deelname aan de traditie is daarnaast onontbeerlijk om kennis van het rechtssysteem op te doen die nodig is voor het oplossen van nieuwe juridische vraagstukken.

20 J. Bell, *Judiciaries within Europe: A Comparative Review*, Cambridge: CUP 2006, hoofdstuk 1.

Toetreding tot de traditie kan zowel plaatsvinden door middel van training als het geleidelijk aanleren van de gewoontes van de professie. Juristen zijn tevens in staat om de normen en praktijken van de traditie geleidelijk te veranderen en daarmee bij te dragen aan de ontwikkeling van de rechtscultuur in de samenleving. De hierboven beschreven juridische aspecten van maatschappelijke ontwikkelingen, zoals globalisering en digitalisering, zijn in dit verband relevante voorbeelden. De activiteit van juristen kan worden beschreven als een proces van ‘reflecterend leren’, waarin een jurist een professionele activiteit verricht, een reflectie hierop plaatsvindt door die jurist en de gehele professie, waaruit normen en uitgangspunten voortvloeien voor het verrichten van die activiteit in de toekomst.²¹ Dit soort reflectie in de professie kan plaatsvinden in organisatorische verbanden, zoals met directe collega’s of in vakverenigingen. Ook kan deze reflectie onderdeel vormen van het proces van socialisatie van nieuwe leden in de groep, bijvoorbeeld in een beroepsopleiding.

De ontstane traditie is sterk geworteld in de idee van de juridische gemeenschap als een homogene groep voor wat betreft opleiding, werkervaring en sociaal-economische achtergrond. In de huidige tijd is echter sprake van toegenomen pluraliteit tussen de ideeën en praktijken van individuele juristen. Enerzijds heeft dit te maken met de toegenomen specialisatie in opleiding en werk, waardoor bijvoorbeeld een gemeentejurist bijna niet te vergelijken is met een Zuidas-advocaat die contracten opstelt voor multinationale ondernemingen.²² Anderzijds is de samenstelling van de juridische gemeenschap meer divers geworden, waarbij vooral de sterk toegenomen arbeidsparticipatie van vrouwen opvalt.²³ Hier komt nog bij dat ook de bredere samenleving een meer divers palet van waarden en opvattingen kent. De rechtscultuur waarin de juridische gemeenschap functioneert, is daarmee minder makkelijk te beschrijven en te begrijpen. Aan juristen de taak om een omgang te vinden met deze complexe werkelijkheid, als collectief en als individuele professional. Het normatieve kader van de rechtsstaat is hierbij een ankerpunt.

Belangrijk om op te merken is nog dat de institutionele cultuur van juristen kan maar niet hoeft samen te vallen met de visie op de juridische gemeenschap van politici en burgers. Een specifiek knelpunt voor gezag doet zich voor bij individuen of groepen die zich buiten de gevestigde maatschappelijke orde plaatsen. Zij gaan voorbij aan de grondbeginselen van de democratische rechtsstaat, inclusief de aanvaarding van machtsuitoefening door daartoe ge-

21 Ibid.

22 Over de tendens van specialisatie zie in bezorgde zin A. Kronman, *The Lost Lawyer: Failing Ideals of the Legal Profession*, Cambridge, MA: Harvard University Press 1993 en in optimistische zin Posner (n. 11).

23 L. de Groot-van Leeuwen, ‘Een vervaagd groepsportret’, in M.W. van Boven en P. Brood (red.), *Tweehonderd jaar rechters*, Hilversum: Uitgeverij Verloren 2011, p. 49-78.

legitimeerde gezagsdragers. Dit is duidelijk zichtbaar in de proceshouding van de Utrechtse tramschutter Gökmen T.²⁴ Een ander voorbeeld uit de actualiteit is dat van terugkerende IS-strijders. Deze geradicaliseerde jongeren hebben rechtsstatelijke waarden en de open samenleving afgewezen. Juridische vragen betreffen hun berechting en re-integratie in de samenleving. Juristen hebben hier een taak in het ontwarren van de juridische kluwen aan vragen, waar onder andere de aanpak met betrekking tot de kinderen van IS-strijders een ingewikkeld punt is. Juristen kunnen bijdragen aan het debat over de meest rechtvaardige en effectieve benadering van deze situatie. In dit debat zullen zij hun krachten moeten bundelen met andere experts, bijvoorbeeld sociaalpsychologen die snappen hoe het psychologische proces van radicalisering (en deradicalisering) werkt²⁵ en ethici die de morele aspecten van dit soort zaken hanteerbaar kunnen maken.

Een ander voorbeeld betreft georganiseerde criminaliteit, zoals drugshandel. Deelnemers aan een criminele organisatie kunnen de rechtsstaat ondermijnen indien zij ondernemingen of lokaal openbaar bestuur succesvol onder druk zetten om mee te werken aan activiteiten die ontwrichtend zijn voor de democratische rechtsstaat. Naast deze vervlechting van onder- en bovenwereld wordt de rechtsstaat aangetast door criminelen die voor eigen rechter spelen. Liquidaties in het criminele milieu zijn daarvan tragische voorbeelden.²⁶ Nog een grens wordt overschreden bij moord op een vertegenwoordiger van de rechtsstaat, zoals in september 2019 de moord op advocaat Derk Wiersum. De *bottom line* in dit verband is de vraag hoe de waarden van de rechtsstaat gewaarborgd kunnen blijven, voor de samenleving die deze waarden als haar grondslag heeft gekozen en voor de gezagsdragers die op basis van deze waarden een aan hen toegekende rol uitoefenen. De beantwoording van deze vraag vergt deskundigheid met betrekking tot juridische, bestuurskundige, economische, sociologische, historische en wellicht nog andere perspectieven. Er zal aandacht moeten zijn voor institutionele vraagstukken, zoals handhaving van economische regelgeving, waarborgen voor eerlijke en transparante verkiezingen en besluitvorming in het openbaar bestuur en de beveiliging van betrokkenen bij rechtszaken tegen deelnemers aan de georganiseerde criminaliteit. Daarnaast zullen gezagsdragers getraind moeten worden om professioneel-ethisch bewustzijn te ontwikkelen en aanknopingspunten te hebben voor de omgang met dilemma's, zodat ondernemers en leden van het

24 B. de Graaf, K. van den Bos en L. Hulst, 'Vergis je niet, Gökmen T. staat niet alleen', *NRC Handelsblad*, 3 juli 2019.

25 Zie bijvoorbeeld K. van den Bos, *Waarom mensen radicaliseren*, Amsterdam: Prometheus 2019.

26 M. Boelens en R. van Steden, 'Criminele ondermijning: een verkenning', *Stichting Maatschappij en Veiligheid* 2018.

openbaar bestuur in staat zijn weerstand te bieden aan pogingen tot beïnvloeding door criminelen.

1.4 Instituut en persoon

Het gezag van juristen hangt samen met de rol die zij geacht worden te vervullen in de samenleving en de waardering van de daadwerkelijke juridische praktijk. Door de tijd heen zijn ook in dit verband ontwikkelingen waarneembaar.

Zo is de opvatting van juridische rollen geen statisch gegeven en is daarom een blijvende kritische reflectie op deze rollen vereist. Een duidelijk voorbeeld betreft de veranderende rolverdeling tussen de wetgevende, uitvoerende en rechterlijke macht. De legistische gedachte uit de 19^e eeuw, die inhield dat de wetgever voorafgaand regels kan stellen voor alle voorkomende gevallen, is losgelaten omdat – zoals vaker – de praktijk weerbarstiger bleek. Het besef dat de toepassing van rechtsregels soms om interpretatie vraagt, heeft ruimte gecreëerd voor de erkenning van een rechtsvormende rol van de rechter. De omschrijving van de rechterlijke macht in Montesquieu's termen, met als taak het zijn van 'bouche de la loi' en als betekenis zijnde 'de quelque façon nul',²⁷ volstaat daarmee niet als duiding van het evenwicht van machten. Bovendien is onderkend dat uitoefening van macht kan plaatsvinden vanuit verschillende strategische doelstellingen. Voor wetgeving is het onderscheid relevant tussen de codificatie van regels die bestaande sociale verhoudingen normeren en de mogelijke inzet van regelgeving ter modificatie van sociaal gedrag.²⁸ De wetgever heeft daarnaast door het bewuste gebruik van 'open normen' in kaderwetgeving bij complexe onderwerpen meer ruimte gelaten voor een verdere normering in lagere regelgeving of in rechterlijke uitspraken. Als gevolg hiervan is de taak van de rechterlijke macht uitgebreid. Deze omvat nu een rol in rechtsvorming door de interpretatie van wetgeving en een rol in rechtsbescherming door de rechterlijke controle op het gebruik van regelgevende bevoegdheid door bestuursorganen. Het institutionele krachtenveld omvat bovendien steeds sterker geworden invloeden van internationale en Europese actoren. In het bijzonder wetgeving en rechtspraak vanuit Luxemburg en

27 In Nederlandse vertaling verschenen als C. de Montesquieu, *Over de geest van de wetten*, Amsterdam: Boom Filosofie 2006 (origineel *De l'esprit des lois*, 1748). Overigens pleitte Montesquieu zelf niet voor mechanische rechtstoepassing door de rechter, zie L. van den Berge, 'Montesquieu and Judicial Review of Proportionality in Administrative Law: Rethinking the Separation of Powers in the Neoliberal Era', *European Journal of Legal Studies* 2017, nr. 1, p. 203-233.

28 T. Koopmans, 'De rol van de wetgever', in H.C.F. Schoordijk, W.C.L. van der Grinten, C.H.F. Polak en G.E. Langemeijer (red.), *Honderd jaar rechtsleven: de Nederlandse Juristen-Vereniging 1870-1970*, Zwolle: Tjeenk Willink 1970, p. 221-235.

Straatsburg zijn van grote invloed op beslissingen en normstelling door de nationale wetgever en rechter.

Discussies die raken aan het gezag van de rechterlijke macht blijken zich vooral voor te doen bij beslissingen over maatschappelijk controverse onderwerpen waarvoor nog geen heldere juridische norm bestaat.²⁹ Zo wordt door sommigen met argwaan gekeken naar rechterlijke uitspraken zoals die in de zaak van de Stichting Urgenda, waarin de Staat werd opgedragen om maatregelen te nemen ter bestrijding van klimaatverandering. Politici van FvD en VVD hebben hun zorgen uitgesproken over het ontstaan van een ‘dikastocratie’, dat wil zeggen: een heerschappij van rechters. Vanuit de wetenschap heeft Marc de Werd hiertegenover de idee van ‘dikastofobie’ geplaatst: de angst voor rechters. Hij stelt dat deze angst in grote mate ongefundeerd is; rechters ‘denken niet in termen van macht maar zoeken, binnen de grenzen van het recht, naar oplossingen voor concrete problemen in individuele zaken’.³⁰ Staatsrechtwetenschappers voegen daaraan toe dat de rechterlijke macht in ons land weliswaar meer ruimte heeft gekregen om via interpretatie van wetten en verdragen de politiek een bepaalde richting in te sturen, maar dat zij in de praktijk terughoudend omgaat met die bevoegdheid.³¹ Oud-president van de Hoge Raad Geert Corstens onderschrijft dit en hij benadrukt het belang van rechters die vanuit hun taak in de trias politica ingrijpen ‘in extreme gevallen ... of als de overheid zelf zich heeft vastgelegd’.³² De Werd wijst nog op een gevaar van het cultiveren van angst voor rechters. Als politici dit doen, kunnen zij het gezag van de rechterlijke macht ondermijnen en daarmee druk uitoefenen op rechters om enkel politiek welgevallige beslissingen te nemen.³³ Onder andere de ontwikkelingen in Polen van de laatste jaren kunnen vanuit dit perspectief worden geduid en bekritiseerd. Deze observaties sluiten natuurlijk niet uit dat terechte zorgen over het functioneren van politieke en juridische instituties naar voren mogen worden gebracht in het maatschappelijke debat, ook door diegenen die zelf een professionele rol in de rechtsstaat vervullen.³⁴

Een ander aspect van de juridische roloppvatting betreft de zichtbaarheid van de persoon van de jurist. In de perceptie van gezag staat van oudsher de juris-terij als instituut voorop. Inhoudelijke kwaliteit, een bijdrage aan normontwik-

29 B. Funnekotter, ‘Help, de rechter grijpt de macht!’, *NRC Handelsblad*, 20 december 2019.

30 M. de Werd, *De derde staatsmacht: over kracht en kwetsbaarheid van rechtspraak*, oratie UvA, 7 juni 2019; M. de Werd, ‘Dikastofobie – een gevaarlijke strategie om rechters en de rechtsstaat te intimideren’, blogpost 31 januari 2020, europeancourts.blogspot.com.

31 Funnekotter (n. 29).

32 G. Corstens, ‘Het is niet de rechter die regeert’, *NRC Handelsblad*, 24 januari 2020.

33 De Werd (n. 30).

34 Zie bijvoorbeeld dit interview met advocaat Geert-Jan Knoops: L. de Jong, ‘De rechterlijke macht kijkt steeds meer weg van de waarheid’, *de Volkskrant*, 28 februari 2020.

keling en maatschappelijk gezag zijn kenmerken die allereerst worden toegeschreven aan het collectief. Dit is herkenbaar in de wijze van berichtgeving over rechtszaken, waarin melding wordt gemaakt van een uitspraak van ‘de rechtbank’ of ‘de Hoge Raad’. Ook de vormgeving van processen is gericht op deze weergave van een instituut, met de toga als anonimiserend attribuut voor de professionele hoofdrolspelers in de rechtszaal. Deze focus op het instituut is terug te voeren op de hierboven beschreven klassieke oorsprong van gezag, die is gerelateerd aan een zekere afstand van juristen tot de samenleving en voor de rechtspraak tot de gefingeerde afstand van de rechter tot het politieke domein van een maatschappelijke belangenstrijd en het subjectivisme van de moraal.

Met de verandering die zich ten aanzien van de bron van gezag heeft voorgedaan, is er ook beweging gekomen in de vormgeving van de juridische rollen in de samenleving. Bij de nieuwe ‘legitimiteit van de nabijheid’ passen meer zichtbare gezagsdragers en past meer politieke betrokkenheid, zoals in de Urgenda-zaak. Daarnaast is maatschappelijke verantwoording vereist door transparantie over de wijze waarop beslissingen tot stand komen. In antwoord op de aldus veranderde maatschappelijke verwachtingen geven rechterlijke macht en Openbaar Ministerie op gecontroleerde wijze een kijkje achter de schermen, bijvoorbeeld door de inzet van persrechters en -officiëren, institutionele accounts op sociale media (Twitter, Facebook) en de toelating van media tot de rechtszaal op basis van hiervoor ontwikkeld beleid. Steeds meer juristen zijn op eigen initiatief individueel actief op sociale media. Ter versteviging van de democratische legitimatie van gezag wordt daarnaast geïnvesteerd in mogelijkheden tot participatie. Door internetconsultatie krijgen burgers bijvoorbeeld de mogelijkheid input te leveren voor nieuwe wetgeving. Inzendingen van *amicus curiae* in procedures bij de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State kunnen bijdragen aan de oordeelsvorming in deze procedures.

Door deze ontwikkeling komt meer naar voren dat de vervulling van juridische taken het werk van individuele professionals is. Rechters, officieren en advocaten die optreden in rechtszaken die publieke aandacht trekken, worden als persoon zichtbaar en soms ook met naam genoemd in berichtgeving in de media of zij geven zelf interviews. Professionals met vertegenwoordigende taken, zoals persrechters en -officiëren of de voorzitter van de Raad voor de rechtspraak, krijgen een functie als ‘gezicht’ van de instantie die zij representeren. De inzender van input in een internetconsultatie of van een *amicus curiae*-stuk weet dat specifieke wetgevingsjuristen of rechters met deze inbreng aan de slag gaan.

Tegelijkertijd is de rol van meer zichtbare juristen nog steeds omlijnd door de bestaande rechtsstatelijke grondslagen, zoals de onafhankelijkheid en onpartijdigheid van rechters, waaraan zij hun gezag ontleen. Rechters of officieren zullen zich niet buiten de rechtszaal uitlaten over zaken die zij zelf behandelen. Persrechters en -officiëren geven duiding bij zaken, niet hun eigen mening. Wetgevingsontwerp of rechterlijke oordeelsvorming is nog steeds het domein van juristen, zij het dat het arsenaal van bronnen waaruit zij informatie putten meer divers is geworden. De taak van juristen is wel ingewikkelder geworden met het laveren tussen de legitimatiestrategieën van afstandelijkheid en nabijheid. Voor de rechtspraak doet die spanning zich voor in zaken met een politiek aspect, zoals de Urgenda-zaak, of met betrekking tot het spreekrecht van slachtoffers in strafzaken. De hier ontwikkelde vormen van nabijheid tot de samenleving kunnen botsen met de notie van onpartijdigheid.

Met betrekking tot verantwoording van het gebruik van het toegekende gezag wordt vanuit de samenleving overigens nog vooral naar het instituut gekeken. Zo roepen strafzaken bij burgers soms veel emoties op, die zich vertalen in kritiek op een ‘te lage’ bestraffing voor onder andere verkeersdelicten of onbegrip over rechterlijke terughoudendheid bij de oplegging van tbs aan verdachten die weigeren mee te werken aan een psychiatrisch onderzoek. Niettemin is het vertrouwen in de instituties, in het bijzonder de rechterlijke macht, relatief hoog.³⁵

Met het oog op de toekomst intrigeert een actie van de Franse wetgever ter voorkoming van wetenschappelijke analyses die inzicht zouden kunnen geven in verschillen tussen de oordeelsvorming door individuele rechters.³⁶ Technieken voor *big data*-analyse van rechterlijke uitspraken stellen onderzoekers steeds beter in staat om verschillen tussen uitkomsten, zoals de hoogte van straffen of schadevergoeding, aan het licht te brengen. Afhankelijk van de volledigheid van de beschikbare data kunnen analyses per gerecht of zelfs per rechter worden verricht. In Frankrijk is in respons op deze ontwikkeling in 2019 een wet aangenomen die verbiedt persoonsgegevens van rechters en rechtbankmedewerkers te gebruiken voor statistische analyses, die gebruikt zouden kunnen worden voor vergelijkingen tussen rechters of het voorspellen van toekomstige uitspraken.³⁷ De wet is door experts kritisch ontvangen,³⁸

35 Zie de bijdrage van Bovens.

36 Zie ook J. van Mourik en J.T. Tegelaar, ‘Namen en rugnummers, s’il vous plaît’, *Ars Aequi*, december 2019, p. 931.

37 Artikel 33 van wet nr. 2019-222 bepaalt onder meer: “Les données d’identité des magistrats et des membres du greffe ne peuvent faire l’objet d’une réutilisation ayant pour objet ou pour effet d’évaluer, d’analyser, de comparer ou de prédire leurs pratiques professionnelles réelles ou supposées.”

38 ‘France Bans Judge Analytics, 5 Years in Prison for Rule Breakers’, *Artificial Lawyer* 4 juni 2019, artificiallawyer.com.

maar illustreert hoe sterk de onzichtbaarheid van de persoon van de rechter als beginsel is verankerd in het Franse systeem.

Ook in de Nederlandse praktijk blijft het zoeken naar het juiste evenwicht tussen instituut en persoon. Als het gaat om uitingen via de (sociale) media heeft een meer persoonlijke benadering soms een averechts effect. Dit is in het bijzonder het geval als onderwerpen aan de orde zijn die vanuit de professionele rolopvatting gevoelig liggen. De verhouding van rechtspraak tot politiek is een voorbeeld waar nadruk op de persoon van de rechter niet vrij van risico is. Zo moest in 2016 een rechter haar Twitter-account sluiten na ontstane ophef over een opmerking betreffende de verkiezing van Geert Wilders tot politicus van het jaar. Het rechtbankbestuur meende dat sprake was van een ‘misplaatste uitlating’ die afbreuk zou kunnen doen aan het vertrouwen van burgers in de onpartijdigheid van rechters.³⁹ Wilders heeft zelf in een van zijn wrakingsverzoeken, in dit geval zonder succes, een door een rechter gegeven tv-interview gebruikt als aanknopingspunt voor vermeende vooringenomenheid op basis van politieke voorkeur.

Overigens is de wijze waarop politici de rechterlijke macht benaderen een apart aandachtspunt in een reflectie op gezag. Verontrustend was wat dat betreft de reactie van Geert Wilders in het strafproces wegens zijn ‘minder Marokkanen’-uitspraak. In zijn laatste woord als verdachte meldde hij zich niets aan te zullen trekken van het rechterlijke oordeel. Van verschillende kanten zijn zorgen uitgesproken over de schadelijkheid van een benadering als deze door een volksvertegenwoordiger ten aanzien van een ander instituut van de rechtsstaat. Oud-president van de Hoge Raad Geert Corstens stelde dat Wilders door stemmingmakerij jegens rechters ‘de bijl aan de wortel van de rechtsstaat’ zet.⁴⁰ Rechtsfilosoof Bert van Roermund wees op het gevaar van een beroep op ‘de wil van het volk’ als legitimatie voor het negeren van rechterlijke oordelen. Ook die argumentatie is schadelijk voor de rechtsstaat, waarin immers het uitgangspunt is dat democratie vorm krijgt binnen specifieke institutionele kaders en in wisselwerking met de bescherming van grondrechten.⁴¹ De toenmalige voorzitter van de Raad voor de rechtspraak, Frits Bakker, probeerde het mogelijke probleem juist klein te maken door Wilders te typeren als een doorsnee veroordeelde die er recht op heeft ‘foeterend en scheldend’ zijn onvrede over het strafproces kenbaar te maken. Dit is, aldus Bakker, niet

39 A. Kouwenhoven, ‘Twitterende rechter krijgt reprimande voor “Knettergek”-tweet over Wilders’, *NRC Handelsblad*, 21 december 2016.

40 P. Groenendijk, ‘Geert Wilders zet bijl aan wortel van de rechtsstaat’, *AD*, 3 december 2016.

41 B. van Roermund, ‘Wilders is een gevaar voor de rechtsstaat’, *Univers*, 3 januari 2017.

iets waarvan de rechterlijke macht onder de indruk is.⁴² Dat laatste mag de samenleving zondermeer verwachten als garantie voor de onafhankelijkheid en onpartijdigheid van de rechters in Nederland. Ook is het vanuit het perspectief van de rechterlijke macht logisch om de positie van de verdachte in het strafproces en diens procedurele rechten niet uit het oog te verliezen. Er is echter veel te zeggen voor een krachtiger signaal in het maatschappelijke debat, waarmee de rechterlijke macht zelf het belang kan onderstrepen van een rechtsstaat die door allen – burgers en gezagsdragers – wordt ondersteund. De huidige voorzitter van de Raad voor de rechtspraak, Henk Naves, gaf daarvan een voorbeeld in zijn nieuwjaarsrede in 2020. Hij bekritiseerde de passieve houding van de politiek ten aanzien van stelselmatige verdachtmakingen van de rechter door politici, waar zij juist zou moeten oproepen tot respect voor de onafhankelijke en professionele oordelen van de rechter. Ook deed hij een oproep aan politici om kritischer te zijn op hun eigen functioneren: “Het zou de politiek sieren in de spiegel te kijken na een onwelgevallige uitspraak van de rechter. Stop met het verschuilen achter onze toga en neem verantwoordelijkheid voor wetgeving en besluitvorming die kennelijk tekortschiet.”⁴³

Als het gaat om het maatschappelijke debat, valt op dat ook daarin juristen als persoon zichtbare figuren zijn. De hierboven besproken voorbeelden illustreren dat. Geert Corstens is bijvoorbeeld in de laatste jaren veelvuldig aan het woord gekomen als ‘rechtsstaat-expert’. De verwachting van deskundigheid is hier gerelateerd aan zijn status als oud-president van de Hoge Raad en aan zijn academische status, als auteur van onder meer het voor een breed publiek geschreven boek *De rechtsstaat moet je leren*.⁴⁴ Ook activiteit op sociale media kan een middel zijn om kennis en ervaring vanuit de juridische professies te delen en bij te dragen aan maatschappelijke bewustwording en een positieve beeldvorming over de rol van juristen in de samenleving. Een voorbeeld is rechter Joyce Lie, die als Judge Joyce via Twitter informatie over de rechtspraak in Nederland op toegankelijke wijze presenteert.⁴⁵ Ook diverse advocaten(kantoren) zijn actief op sociale media, maar nog lang niet altijd met een duidelijke strategie.⁴⁶ Vanuit de rechtswetenschap, in samenwerking met de advocatuur, is een aansprekend voorbeeld het onderzoek door de Commissie Rechtsstatelijkheid naar het rechtsstatelijke gehalte van de programma’s van

42 S. van Walsum, ‘Ons rechtssysteem biedt veel ruimte aan meneer Wilders’, *de Volkskrant*, 30 december 2016.

43 “‘Stop met het verdacht maken van de rechter’. Rechtspraak roept politiek op verantwoordelijkheid te nemen voor eigen wetgeving’, persbericht Raad voor de rechtspraak, 9 januari 2020, rechtspraak.nl.

44 G. Corstens, *De rechtsstaat moet je leren*, Amsterdam: Prometheus/Bert Bakker 2014.

45 @JudgeJoyce_.

46 A. Bruins, ‘Advocaten moeten strategischer twitteren’, *Mr. online*, 21 januari 2020.

politieke partijen.⁴⁷ Als deskundigen bij uitstek met betrekking tot de beginnelen van de rechtsstaat zouden nog meer juristen dit soort ‘zendingswerk’⁴⁸ in het publieke debat mogen vervullen.

1.5 *T-shaped* superheld?

Uit de voorgaande bespiegelingen komt al naar voren dat de veranderingen in de rollen van juristen gepaard gaan met nieuwe verwachtingen ten aanzien van hun deskundigheid. De vraag is welke verwachtingen over juridische professionaliteit, in samenhang met de maatschappelijke rol van juristen, gerechtvaardigd en realistisch zijn.

De professionaliteit van juristen in respons op behoeften van de samenleving is de laatste jaren wel gekoppeld aan het ideaaltipe van de *T-shaped* jurist, een alleskunner die is toegerust op de aanpak van de complexe maatschappelijke vraagstukken van de 21^{ste} eeuw. Dit ideaaltipe is in het Nederlandse debat geïntroduceerd vanuit de grote advocatenkantoren, waar men graag meer *T-shaped lawyers* zou aannemen.⁴⁹ De staander van de letter T verbeeldt de diepgaande juridische kennis en vaardigheden waarover dit type jurist beschikt. In de ligger van de letter T komt bredere deskundigheid ten aanzien van wetenschap en samenleving tot uitdrukking. De opvattingen verschillen over wat de precieze inhoud van die horizontale lijn is, of zou moeten zijn.⁵⁰ Bij een nadere inspectie van dit ideaaltipe van juridische professionaliteit blijkt dat in sommige interpretaties welhaast naar een superheld wordt verlangd. Ontwikkelingen in de academische context laten zien dat zo’n profiel van een alleskunner niet nodig en niet realistisch is. In multidisciplinaire samenwerking (*team science*) vullen onderzoekers uit verschillende disciplines elkaar aan om tot een goede werkverdeling te komen en kwalitatief hoogstaande uitkomsten te realiseren.⁵¹

Om misvattingen te voorkomen: juridisch-dogmatische kennis is voor een *T-shaped* jurist nog steeds de basis. Voor een adequate aanpak van diverse vraagstukken is daarnaast echter van belang dat deze jurist beschikt over (ba-

47 W.J. Veraart, L. Moerel, M. de Wilde, C. Schutte en P. Rodrigues, *De rechtsstaat, een quickscan: de partijprogramma's voor de verkiezingen 2017 rechtsstatelijk?*, Den Haag: Nederlandse Orde van Advocaten 2017.

48 Zie de bijdrage van Bovens.

49 M. Snoep, A. Croiset van Uchelen, J. Rijlaarsdam, M. Ulrici en B.B. Visser, ‘Opleiding jurist moet breder’, *NRC Handelsblad*, 17 maart 2014.

50 Zie uitgebreider mijn UU-oratie *The T-shaped Lawyer and Beyond: Rethinking legal professionalism for contemporary societies*, Den Haag: Eleven International Publishing 2017.

51 Over de gevolgen van deze ontwikkeling voor het auteurschap van rechtswetenschappelijke publicaties, zie E. Mak en K. van den Bos, ‘Van Super(wo)man naar teamprestaties? Over auteurschap in de rechtswetenschap’, *Ars Aequi* oktober 2019, p. 804-808.

saal) inzicht in bijvoorbeeld psychologische, sociologische of economische aspecten die relevant zijn voor de rechtspraktijk. Dit kan reiken van de omgang in beleid en conflictoplossing met sociale multiproblematiek, zoals gezinnen met schulden en indicaties van huiselijk geweld, tot de advisering aan multinationale ondernemingen over een meer maatschappelijk verantwoorde bedrijfsvoering.

Naast het uitdenken van passende oplossingen op basis van diepgaande en brede kennis wordt de *T-shaped* jurist geacht hierbij te handelen vanuit een mensgerichte benadering. Dit vereist aanvullende vaardigheden, zoals goed luisteren, een gesprek met meer partijen in goede banen leiden en helder en begrijpelijk communiceren over het eigen advies of oordeel. Ook is in dit verband een gecontroleerde inzet van emoties aanbevelenswaardig. Een strafrechter kan bijvoorbeeld empathie tonen met de verdachte en met slachtoffers of nabestaanden in een zaak om daarmee tot een bestraffing te komen die zo aanvaardbaar mogelijk is voor betrokkenen en voor de samenleving. Een advocaat die adviseert bij een echtscheiding, of een mediator die een bemiddelende rol vervult, kan door te luisteren en medeleven te tonen wellicht eraan bijdragen dat een conflict niet escaleert naar een slepend juridisch geschil. De ondertoon is telkens die van een respectvolle bejegening, waarin rechtzoekenden gezien en gehoord worden en waarin zij een transparante, navolgbare en aanvaardbare uitleg krijgen over het juridische oordeel.⁵² Van Domselaar noemt in dit verband voor de rechtspraak de waarde van *civic friendship* van de rechter, waarmee hij laat blijken het beste voor te hebben met de rechtzoekende die tegenover hem zit.⁵³

Met de alomtegenwoordigheid van internet en sociale media en de snelle ontwikkelingen rondom *artificial intelligence* is verder technologische expertise in steeds meer juridische werkomgevingen onontbeerlijk.⁵⁴ Het is nog passen en meten om de juridische wereld goed in deze ontwikkeling mee te nemen. In een enquête onder leden van het Nederlands Genootschap van Bedrijfsjuristen (NGB) gaf bijvoorbeeld 40% van de 115 respondenten aan dat het belang van bedrijfsjuristen bij projecten over technologische innovatie, bijvoorbeeld de ontwikkeling van nieuwe apps, wordt onderschat.⁵⁵ Daarnaast vindt 98% van de ondervraagden dat zij op tijd moeten worden betrokken bij de advisering over dit soort innovaties. Daar schort het nu nog aan, want juristen worden

52 In dit verband kan worden gewezen op in onderzoek aangetoonde positieve effecten van door rechtzoekenden ervaren procedurele rechtvaardigheid. Zie bijvoorbeeld H.A.M. Grootelaar, *Interacting with Procedural Justice in Courts*, Off Page 2018, www.offpage.nl.

53 I. van Domselaar, 'Moral Quality in Adjudication: On judicial virtues and civic friendship', *Netherlands Journal of Legal Philosophy* 2015, nr. 1, p. 24-46.

54 Zie verder de bijdragen van Berlee en Tjong Tjin Tai.

55 R. Baurichter, 'De bedrijfsjurist moet leren denken als een programmeur', *FD*, 25 september 2019.

vaak pas bij een project betrokken als er al een ontwerp ligt. Als dan blijkt dat het technologische ontwerp niet aan wet- en regelgeving voldoet, moet een deel van het werk opnieuw worden gedaan.⁵⁶ Tegelijkertijd zou 80% van de respondenten graag meer technologische basiskennis willen hebben ten behoeve van hun advieswerk. Het is daarom hoogstnoodzakelijk voor juristen om te ‘leren denken als een *techie*’.⁵⁷

Naast bekwaamheid ten aanzien van de juridische omgeving wordt van de *T-shaped* jurist een zeker omgevingsbesef verwacht. In de academische opleiding kan dit worden opgepakt onder de noemer persoonlijke vorming of *Bildung*. Studenten leren om maatschappelijke veranderingen te betrekken op het juridische werk. Zij zijn hierdoor in staat om kritisch te reflecteren en een persoonlijke positie te bepalen ten aanzien van ontwikkelingen waarvoor nog geen vastomlijnde rechtsnormen bestaan. In de huidige tijd kan worden gedacht aan de hierboven beschreven vraagstukken rondom klimaatverandering, technologie en diversiteit en inclusie in sociale interacties. Ook dienen studenten en jonge professionals te worden getraind in het maken van keuzes met betrekking tot professioneel-ethische dilemma’s.⁵⁸

Niettemin is realiteitszin gewenst bij de vertaling van dit ideaaltipe naar juridische rollen. Zo bestaat het risico dat te hoge verwachtingen ontstaan over de mogelijke bijdrage van juristen aan de aanpak van complexe maatschappelijke vraagstukken of dat taken worden overgeheveld die niet tot het domein van juristen behoren.

De kern van *T-shaped* juridische professionaliteit is dat juristen niet aan de zijlijn blijven staan waar zij een belangrijke maatschappelijke rol hebben te vervullen. Een voorbeeld van een te vrijblijvende houding is zichtbaar in het verzoek van VVD-fractievoorzitter Klaas Dijkhoff aan het kabinet om een visie op technologische investeringen in de komende 30 tot 50 jaar. Dijkhoff verzuchtte daarbij: “Want ik heb er geen verstand van, als jurist.” Columnist Maxim Februari heeft kritiek geuit op deze houding en spoort het kabinet aan om verder te kijken dan alleen de verwachte effecten van technologie op welvaart.⁵⁹ Artificiële intelligentie, genetische modificatie en kernwapens dragen risico’s in zich die wij niet kunnen overzien. Naast de technologische ontwikkeling is een reflectie daarop in de samenleving nodig. De wijsheid van juris-

56 Ibid.

57 De initiatiefnemers van de enquête maakten meteen een boekje om in die behoefte te voorzien: Pels Rijcken & Droogleever Fortuijn i.s.m. het Nederlands Genootschap van Bedrijfsjuristen, *Innovatie en technologie: juridische vraagstukken in de digitale samenleving* (NGB Reeks deel VIII: tips & tricks voor de praktijk van de bedrijfsjurist), 2019.

58 Zie verder de bijdragen van Mackor en Silvis.

59 M. Februari, ‘Nieuwe technologie? Investeer in wijsheid’, *NRC Handelsblad*, 24 september 2019.

ten (en ethici, historici, economen etc.) is, aldus Februari, essentieel voor het verzekeren van een goede toekomst voor de volgende generaties.⁶⁰

Als praktische uitdaging moet hierbij beseft worden dat er grenzen zijn aan de inhoud en training die kan worden aangeboden in de academische opleiding en de beroepsopleiding van juristen. Universiteiten zien zich voor de taak gesteld om het onderwijs zo vorm te geven en studenten zo te begeleiden in hun keuzeproces dat zij een stevige basis kunnen leggen voor de door hen geambieerde juridische functie. In dit verband is de kritiek op het *Convenant inzake civiel effect* uit 2016 te begrijpen. Daar lag de focus vooral op kennis en vaardigheden met betrekking tot de rechtsdogmatiek. Binnen de academie wordt kritiek op deze invalshoek gedeeld en is men inmiddels aan de slag gegaan met de ontwikkeling van meer multi- en interdisciplinair academisch onderwijs over juridische thema's. Ook voor hbo-juristen is het belangrijk om na te gaan of de in hun opleiding aangeboden kennis en vaardigheden voldoende tegemoetkomen aan de eisen van hun toekomstige werkomgeving. Afgestudeerden in hbo-rechten of een hbo-opleiding Sociaal-Juridische Dienstverlening vinden werk op diverse maatschappelijke terreinen, zoals schuldhelpverlening of immigratie. Kennis van methoden voor conflictoplossing en een kritische professionele houding gerelateerd aan rechtsstatelijke waarden zijn ook voor hen van belang. Een verdere stap is de versterking van permanente educatie, waarmee kan worden aangesloten bij de behoefte aan bijscholing van professionals in een snel veranderende samenleving.

1.6 Voorbij het Calimero-complex

Verwachtingen over de professionaliteit van juristen kunnen ook worden verkend vanuit een reflectie op de dynamieken in en tussen juridische deelgemeenschappen. Dan staan organisatorische kwesties centraal, waarbij het soms flink botst tussen betrokkenen. Voorbeelden zijn spanningen tussen rechters, de Raad voor de rechtspraak en het ministerie van Justitie en Veiligheid over de werkdruk bij de gerechten en financiering van de rechtspraak of tussen sociaal advocaten en de minister voor Rechtsbescherming over het stelsel van gesubsidieerde rechtsbijstand. Juristen hebben voor het debat over deze kwesties in de afgelopen decennia vaker de publieke ruimte opgezocht, voor de rechtspraak vooral sinds het verschijnen van het Manifest van Leeuwarden eind 2012 en sindsdien met de activiteiten van de Tegenlicht-groep. Dat is een opvallende mentaliteitsverandering ten opzichte van de traditionele karakteri-

60 Ibid.

sering van rechters als ‘brave, gezagsgetrouwe burgers die niet zo gauw staken of uit eigenbelang de barricaden opgaan’.⁶¹

Fundamenteel pijnpunt in dit debat is de botsing tussen de rechtsstatelijke rol van rechters en advocaten en de logica van het marktdenken die centraal is komen te staan in de financiering en organisatie van rechtspraak en sociale rechtshulp. Indicaties voor succesvol presteren zijn in die bedrijfsmatige logica de snelheid, tijdigheid en kostenefficiëntie van de afhandeling van zaken en de tevredenheid van rechtzoekenden met procedures en uitkomsten. Met betrekking tot de rechtspraak betekent de hervorming van bestuur en beheer, met onder andere de oprichting van de Raad voor de rechtspraak in 2000, dat rechters geacht worden zich te conformeren aan de richting die vanuit een sterkere organisatorische structuur wordt gegeven. Die bureaucratisering kan een impact hebben op gezag, indien sprake is van aantasting van de rechtsstatelijke rol van juristen. Voormalig rechter (en tegenwoordig mediator) Peter Ingelse ziet bijvoorbeeld een verband tussen het in belang toegenomen persoonlijke aspect in de beoordeling van zaken en de waarborg van rechterlijke onafhankelijkheid. Hij stelt: “De burger aanvaardt de rechterlijke beslissing juist, omdat deze het resultaat is van het persoonlijke, van het authentieke van de rechterlijke activiteit. ... Naarmate het bestuur die ruimte [dat wil zeggen: de professionele ruimte van de rechter] inperkt, naarmate centralisatie en bureaucratisering meer ingrijpen in de berechting van de individuele zaak, wordt de beoordeling minder persoonlijk en daarmee minder onafhankelijk en komt het gezag van de rechtspraak in gevaar.”⁶²

De vraag rijst hoe discussie over deze thematiek op een constructieve wijze gevoerd kan worden. Een risico is dat deelnemers in het debat de bal naar elkaar toespelen zonder eigen verantwoordelijkheid te nemen. Die benadering kan worden vergeleken met de attitude van het animatiefiguurtje Calimero, dat zich onbemind en onbegrepen voelde door zijn omgeving. Zoals het zwarte kuiken getooid met halve eierdop het met een droevige blik in zijn ogen samenvatte: “Want zij zijn groot en ik is klein en dat is niet eerlijk, o nee.” Een dergelijk Calimero-complex is benoemd in reflecties op de (meer)waarde van de rechtswetenschap en in het bijzonder met betrekking tot de daar levende zorgen over vermeende benadeling van juristen bij de verdeling van onder-

61 C. Oostdam, ‘Rechters, hè. Brave, gezagsgetrouwe burgers die niet zo gauw staken of uit eigenbelang de barricaden opgaan’, *de Volkskrant*, 16 oktober 2018.

62 P. Ingelse, ‘Rechter: tussen persoon en instituut’, *Nederlands Juristenblad* 2010, nr. 85, p. 1962-1968.

zoeksfinanciering.⁶³ Ook in de rechtspraak lijkt soms een negatieve dynamiek de overhand te krijgen in discussies over werkcondities en financiering.

Voor een ombuiging naar een constructieve dialoog hebben Alex Brenninkmeijer en Hilke Grootelaar een nuttig voorstel gepresenteerd, dat zij ontwikkelden op basis van inzichten uit de sociologische systeemtheorie en psychoanalyse.⁶⁴ Zij beschrijven posities en interacties in conflictsituaties aan de hand van twee modellen. In een dramadriehoek⁶⁵ zitten deelnemers vast in een negatieve dynamiek. In bijvoorbeeld het debat over de werkdruk en financiering van de rechtspraak zijn de rechters afwisselend aanklager met kritiek op vooral de Raad voor de rechtspraak en hulpeloos slachtoffer. Gerechtsbesturen wisselen tussen de rol van redder die hulp geeft aan rechters in het eigen gerecht en slachtoffer van het beleid van Raad en ministerie. De Raad stelt zich op als aanklager door verantwoordelijkheid terug te leggen bij rechters en gerechtsbesturen, maar luidt ook als redder de noodklok over de tekortschietende financiering voor de rechtspraak.⁶⁶ Volgens Brenninkmeijer en Grootelaar is het vanuit bewustwording mogelijk om een dergelijk conflictpatroon te doorbreken. Zij schetsen daartoe het model van de winnaarsdriehoek, dat in de praktijk al zichtbaar is maar dat nog breder gehanteerd kan worden.⁶⁷ In het zojuist beschreven debat nemen de deelnemers dan rollen aan met een positieve toonzetting. De focus van het debat verschuift van werkdruk en financiering naar de inhoudelijke kwaliteit van het werk. Rechters nemen in de rol van overlever verantwoordelijkheid, bijvoorbeeld door de ontwikkeling van professionele standaarden. Gerechtsbestuurders dagen rechters uit om binnen gestelde kaders oplossingen te ontwikkelen. Zij hebben ook de rol van coach, die ruimte geeft en helpt bij het zelf vinden van oplossingen. Uitgangspunt moet zijn dat wordt gezocht naar een *common ground* vanuit de gedeelde doelstelling om collectief rechterlijk vakmanschap te bieden voor de samenleving.

Dat het niet altijd makkelijk is om in persoonlijke interacties het goede voorbeeld te geven, mag duidelijk zijn. Juristen zijn per slot van rekening ook maar mensen. Ook moet er aandacht blijven voor de noodzakelijke randvoorwaarden (tijd, geld) om vakwerk te kunnen leveren. Niettemin is een redelijke opstelling in discussies over de professionele organisatie de meest aangewezen manier om ontstane impasses te doorbreken. Met het voeren van dit soort discussies in de publieke ruimte kan deze benadering bovendien een voorbeeld-

63 P. Westerman, 'Het Calimero-gevoel van de jurist: interview met prof. mr. Carel Stolker naar aanleiding van zijn boek *Rethinking the Law School: Education, Research, Outreach and Governance*, Cambridge: Cambridge University Press 2014, 472 p.', *Nederlands Juristenblad* 2015, nr. 20, p. 1348-1354.

64 A. Brenninkmeijer en H. Grootelaar, 'De strijd om de rechterlijke macht', *Rechtstreeks* 2016, nr. 2, p. 12-45.

65 Gebaseerd op Karpman's transactionele analyse.

66 Brenninkmeijer en Grootelaar (n. 64), p. 34-35.

67 Ibid, p. 37-41.

functie vervullen in de samenleving over de omgang met conflictsituaties en op die manier het maatschappelijke gezag van juristen versterken.

Nog scherper geformuleerd: een waardige en moedige houding, gebaseerd op rechtsstatelijke uitgangspunten, is een constituerend element van het gezag dat door de samenleving aan juristen is toegekend. Een belangrijk ijkpunt bij het bepalen van een persoonlijke benadering in publieke discussies zijn daarom de verwachtingen van de samenleving en van de juridische gemeenschap met betrekking tot de professioneel-ethische attitude van juristen. Leidende beginselen zijn in dit verband redelijkheid en respect voor andere gespreksdeelnemers. Ook het openlijk afstand nemen van de rechtsstaat ondermijnen de uitingen en activiteiten hoort hierbij, zoals protest tegen politieke aanvallen op de rechterlijke macht of het tegengaan van discriminatie en uitsluiting van groepen in de samenleving. Met een benadering gebaseerd op deze uitgangspunten kunnen juristen een tegenwicht bieden in het maatschappelijke debat, waarin het aanslaan van een harde of polariserende toon – onder andere door politici en gebruikers van sociale media – steeds normaler is geworden. De voormalige First Lady van de Verenigde Staten en oud-advocate Michelle Obama heeft deze ethische attitude krachtig samengevat in het motto “when they go low, we go high.”⁶⁸ In haar visie is ‘going high’ ook een kwestie van identiteit: het gaat om de persoon die je wilt zijn en de samenleving die je wilt hebben. Aldus Obama: “It means you lead with your whole heart and your whole soul – your whole value system – and not just whatever happens to be your stance on a given issue.”⁶⁹ Juristen die rechtsstatelijke waarden hebben geïnternaliseerd, zijn in staat zichzelf te beschermen tegen negatieve invloeden. Ook kunnen zij vanuit een autonome positie beter vormgeven aan hun rol als dragers van de rechtsstaat. Historische voorbeelden van de ondergang van anti-rechtsstatelijke regimes, en ook de hoop op een politieke machtsverschuiving in Polen met de verkiezingen in mei 2020,⁷⁰ laten zien welke invloed kan uitgaan van het blijven uitleggen en uitdragen van rechtsstatelijke waarden.⁷¹

1.7 De toekomst tegemoet

Deze bijdrage hoopte te verhelderen op welke manier juristen een bijzondere en belangrijke rol vervullen in de samenleving. Juristen beschikken over des-

68 Michelle Obama, speech Democratische Conventie, 25 juli 2016.

69 R. Grenoble, ‘Michelle Obama Has an Update for “When They Go Low, We Go High”’, *Huffington Post*, 11 mei 2018, huffpost.com.

70 L. van Middelaar, ‘Schiet de Poolse kiezer de rechters nu te hulp?’, *NRC Handelsblad*, 7 februari 2020.

71 In dit opzicht ben ik daarom optimistischer gestemd over de toekomst dan J. Vranken, ‘Wie beschermt de rechtspraak?’, *Nederlands Juristenblad* 2020, nr. 8, p. 536-543.

kundigheid die hun in staat stelt bij te dragen aan een rechtvaardige ordening van maatschappelijke verhoudingen en bescherming van individuen tegen misbruik van macht door de overheid of private partijen. Die juridische professionaliteit omvat specifieke kennis en vaardigheden en daarnaast een referentiekader voor het maken van ethische keuzes in moeilijke professionele omstandigheden. Vanwege de veranderde grondslag voor het maatschappelijke gezag van juristen en vanwege maatschappelijke ontwikkelingen met een weerslag op het recht is alertheid vereist ten aanzien van de specifieke invulling van juridische rollen. Ankerpunt hierbij is de rol van juristen als kritische en professionele dragers van de rechtsstaat.

In de omgang met maatschappelijke veranderingen kunnen verschillende juridische deelgemeenschappen invloed uitoefenen of een voortrekkersrol vervullen. Deelnemers aan de rechtspraktijk, zoals advocaten, rechters en wetgevingsjuristen, bewaken en ontwikkelen de fundamentele waarden van de rechtsstaat ten dienste van de maatschappelijke behoefte aan rechtsbescherming en rechtvaardige conflictoplossing. De universiteiten dragen zorg voor de inhoud van het juridische curriculum. Speciale aandacht gaat in de huidige tijd dan uit naar de interactie van juristen met andere disciplines en het vermogen van toekomstige juridische professionals tot maatschappelijke responsiviteit en kritische reflectie. Vakverenigingen, zoals de Nederlandse Juristen-Vereniging, geven een platform voor reflectie en debat tussen juristen onderling. Zij kunnen wellicht nog meer investeren in deelname aan het maatschappelijke debat en daarmee voor de samenleving gezicht geven aan de juridische gemeenschap als een collectief van onmisbare rechtsstatelijke gezagsdragers. Met die suggestie sluit ik af, niet zonder de 150-jarige een fijne verjaardag en een sprankelende toekomst toe te wensen!

Stellingen

1. De deskundigheid van juristen is essentieel om tot keuzes in regelgeving en beleid te komen waarin alle relevante gezichtspunten tegen elkaar zijn afgewogen om een rechtvaardige uitkomst op basis van rechtsstatelijke waarden te bereiken. Het zou goed zijn als juristen die rechtsstatelijke waarden nog steviger uitdragen om daarmee de kwaliteit van maatschappelijke discussies te helpen verbeteren.
2. In maatschappelijke, politieke en professionele discussies over de rol en organisatie van juridisch werk moet meer focus komen te liggen op gedeelde uitgangspunten voor inhoudelijke kwaliteit.

1.8 Wetenschappelijke referenties

- Arts, K., Boer, L., Scheltema, M., Strik, T., Terlouw, A., en Werner, W., *De grenzen voorbij: de actualiteit van territorialiteit en jurisdictie*, Deventer: Wolters Kluwer 2019.
- Bell, J., *Judiciaries within Europe: A Comparative Review*, Cambridge: CUP 2006.
- Berge, L. van den, 'Montesquieu and Judicial Review of Proportionality in Administrative Law: Rethinking the Separation of Powers in the Neoliberal Era', *European Journal of Legal Studies* 2017, nr. 1, p. 203-233.
- Boelens, M., en Steden, R. van, 'Criminele ondermijning: een verkenning', *Stichting Maatschappij en Veiligheid* 2018.
- Bos, K. van den, *Waarom mensen radicaliseren*, Amsterdam: Prometheus 2019.
- Brenninkmeijer, A. en Grootelaar, H., 'De strijd om de rechterlijke macht', *Rechtstreeks* 2016, nr. 2, p. 12-45.
- Brinkgreve, C., 'Het tanende gezag van de toga. Essay De lijdende rechter', *Recht der Werkelijkheid* 2014, nr. 1, p. 84-89.
- Corstens, G., *De rechtsstaat moet je leren*, Amsterdam: Prometheus/Bert Bakker 2014.
- Domselaar, I. van, 'Moral Quality in Adjudication: On judicial virtues and civic friendship', *Netherlands Journal of Legal Philosophy* 2015, nr. 1, p. 24-46.
- Gommer, H., 'Afstand van het mythisch gezag', *Trema* 2008, nr. 2, p. 54-59.
- Groot-van Leeuwen, L. de, 'Een vervaagd groepsportret', in M.W. van Boven en P. Brood (red.), *Tweehonderd jaar rechters*, Hilversum: Uitgeverij Verloren 2011, p. 49-78.
- Grootelaar, H.A.M., *Interacting with Procedural Justice in Courts*, Off Page 2018.
- Ho, K., 'Tackling the Term: What is a Safe Space?', *Harvard Political Review*, 30 januari 2017.
- Hol, A.M., 'Rechtspraak: tussen heteronomie en autonomie', in M.W. van Boven en P. Brood (red.), *Tweehonderd jaar rechters*, Hilversum: Uitgeverij Verloren 2011, p. 349-368.
- Ingelse, P., 'Rechter: tussen persoon en instituut', *Nederlands Juristenblad* 2010, nr. 85, p. 1962-1968.
- Koopmans, T., 'De rol van de wetgever', in H.C.F. Schoordijk, W.C.L. van der Grinten, C.H.F. Polak en G.E. Langemeijer (red.), *Honderd jaar rechtsleven: de Nederlandse Juristen-Vereniging 1870-1970*, Zwolle: Tjeenk Wilink 1970, p. 221-235.
- Kronman, A., *The Lost Lawyer: Failing Ideals of the Legal Profession*, Cambridge, MA: Harvard University Press 1993.

- Mak, E., *The T-shaped Lawyer and Beyond: Rethinking legal professionalism for contemporary societies*, Den Haag: Eleven International Publishing 2017.
- Mak, E., en Bos, K. van den, 'Van Super(wo)man naar teamprestaties? Over auteurschap in de rechtswetenschap', *Ars Aequi*, oktober 2019, p. 804-808.
- Mak, E., en Taekema, S., 'The European Union's Rule of Law Agenda: Identifying Its Core and Contextualizing Its Application', *Hague Journal on the Rule of Law* 2016, vol. 8, p. 25-50.
- Montesquieu, C. de, *Over de geest van de wetten*, Amsterdam: Boom Filosofie 2006 (origineel *De l'esprit des lois*, 1748).
- Mourik, J. van, en Tegelaar, J.T., 'Namen en rugnummers, s'il vous plaît', *Ars Aequi*, december 2019, p. 931.
- Nonet, P., en Selznick, P., *Law and Society in Transition: Towards Responsive Law*, New Brunswick/Londen: Transaction Publishers 2005 (oorspronkelijke uitgave 1978).
- Pels Rijkken & Droogleever Fortuijn i.s.m. het Nederlands Genootschap van Bedrijfsjuristen, *Innovatie en technologie: juridische vraagstukken in de digitale samenleving* (NGB Reeks deel VIII: tips & tricks voor de praktijk van de bedrijfsjurist), 2019.
- Posner, R.A., *The Problematics of Moral and Legal Theory*, Cambridge, MA: Belknap Press of Harvard University Press 1999.
- Rosanvallon, P., *La légitimité démocratique. Impartialité, réflexivité, proximité*, Parijs: Editions du Seuil 2008.
- Tonkens, E., 'De wedergeboorte van gezag in de sociologie', *Sociologie* 2013, nr. 2, p. 227-231.
- Veraart, W.J., Moerel, L., Wilde, M. de, Schutte, C., en Rodrigues, P., *De rechtsstaat, een quickscan: de partijprogramma's voor de verkiezingen 2017 rechtsstatelijk?*, Den Haag: Nederlandse Orde van Advocaten 2017.
- Vranken, J., *Asser/Vranken, Algemeen Deel***, Deventer: Kluwer 1995.
- Vranken, J., 'Wie beschermt de rechtspraak?', *Nederlands Juristenblad* 2020, nr. 8, p. 536-543.
- Werd, M. de, *De derde staatsmacht: over kracht en kwetsbaarheid van rechtspraak*, oratie UvA, 7 juni 2019.
- Westerman, P., 'Het Calimero-gevoel van de jurist: interview met prof. mr. Carel Stolker naar aanleiding van zijn boek *Rethinking the Law School: Education, Research, Outreach and Governance*, Cambridge: Cambridge University Press 2014, 472 p.', *Nederlands Juristenblad* 2015, nr. 20, p. 1348-1354.

Het gezag van de juristen; een empirische verkenning

*Mark Bovens**

Inhoud

2.1	Het maatschappelijk gezag van de juristen	37
2.2	Meer juristen, maar minder marktaandeel	38
2.3	Een hoge maatschappelijke status en veel vertrouwen	45
2.4	Juristen op gezaghebbende posities: van centrum naar periferie	50
2.5	Wel veel aanzien, maar minder macht	57
2.6	Referenties	58
2.7	Geraadpleegde datasets	60

* Graag bedank ik Kees van der Wel, researchmaster-student Public Administration and Organisation Science aan de UU, voor zijn hulp bij het verzamelen van de data en Lisa Ansems, promovenda bij de UU, en Job Buiting, wetgevingsjurist bij OCW, voor hun commentaar op een eerdere versie.

Het gezag van de juristen; een empirische verkenning

Mark Bovens

2.1 Het maatschappelijk gezag van de juristen

“Dit is mijn uitspraak, en zo zit het.” Dat is de vaste formule waarmee de huidige *Rijdende rechter*, John Reid, zijn bindende advies afsluit. Vervolgens richt de camera zich op de boze burens die, soms mokkend, maar meestal met deemoedigheid, zijn uitspraak accepteren. John Reid, in het dagelijks leven kantonrechter in Alkmaar, is de opvolger van Frank Visser, die in 1995 de eerste rijdende rechter was, maar sinds 2016 bij de commerciële omroep een eigen programma heeft. *De Rijdende Rechter* en *Mr Frank Visser doet uitspraak* zijn niet de enige tv-programma’s waarin juristen centraal staan. Al sinds de jaren negentig kent Nederland tv-series over advocatenkantoren, zoals *Pleidooi*, *Keyzer en de Boer* en *De Zuidas*. Advocaten zijn ook vaste gast in praatprogramma’s zoals Pauw, Jinek en DWDD. En wanneer je kinderen vraagt wat zij later willen worden, krijg je vaak ‘advocaat’ en soms ‘rechter’ als antwoord.¹ Dit alles suggereert dat juristen, of in ieder geval de klassieke togaberoepen, nog steeds het nodige maatschappelijke gezag en aanzien hebben.

In deze bijdrage proberen we meer systematisch na te gaan wat de maatschappelijke positie van juristen in ons land is en hoe deze zich in de loop van de afgelopen eeuw heeft ontwikkeld. Hebben de juristen nog steeds veel gezag en aanzien, zoals de bovenstaande voorbeelden suggereren? Of is hun gezag tanende, door de commercialisering van de advocatuur en het notariaat en de excessen die daaruit voortvloeiden, of door de voortdurende interne onrust bij de rechterlijke macht en de externe kritiek op hun vermeende politieke rol? En hebben ze in de afgelopen eeuw terrein moeten prijsgeven aan andere academische disciplines, zoals economen, bestuurskundigen en politicologen?

1 Zo meldde *De Volkskrant* op 23 januari 2020 dat in 2018 ‘advocaat’ op de vijfde plaats stond van de meest gewilde beroepen onder tienermeisjes in Nederland.

Het maatschappelijk gezag van juristen is om verschillende redenen relevant. In de eerste plaats om instrumentele redenen. Een ruime mate van gezag vergroot de ‘license to operate’ van juristen. Uitspraken van rechters zullen eerder worden geaccepteerd, adviezen van advocaten worden vaker opgevolgd en de nota’s van notarissen zullen makkelijker worden betaald wanneer hun maatschappelijk aanzien hoger is. Maar er is ook een breder, maatschappelijk belang. In landen waar juristen weinig aanzien en gezag hebben, zoals in de voormalige Oostbloklanden of in Zuid-Amerika, is het bijzonder moeilijk gebleken om een democratische rechtsstaat op te bouwen of in stand te houden. Ik kom hier aan het slot op terug.

Elaine Mak is in haar preadvies uitgebreid ingegaan op een reeks van bronnen en bedreigingen van het gezag van de juristen. In mijn bijdrage kijk ik vooral naar de empirische stand van zaken. Wat is er bekend over het feitelijk gezag en aanzien van juristen en hoe hebben die zich door de tijd ontwikkeld? De gegevens ontbreken om alle 150 jaren van de NJV in kaart te brengen, maar ik zal proberen zo ver mogelijk in de tijd terug te gaan op basis van longitudinale, empirische data uit een reeks van bronnen. We kijken daarbij naar verschillende indicatoren die wat zeggen over de maatschappelijke positie van juristen. Per indicator wordt aangegeven wat de data, de definities en de bronnen zijn. Onder ‘jurist’ versta ik eenieder die een afgeronde doctoraal of masteropleiding in de rechtsgeleerdheid heeft. Dat betekent dat er slechts zeer beperkte aandacht zal zijn voor hbo-juristen.

We beginnen met een analyse van de omvang van de beroepsgroep in de afgelopen eeuw. Hoeveel juristen telt ons land en wat is hun relatieve aandeel in de beroepsbevolking? Vervolgens kijken we naar hun aanzien en gezag. Wat is de maatschappelijke status van de togaberoepen en wat is het vertrouwen van de bevolking in de klassieke juridische instituties? Ook kijken we naar het aandeel van juristen op machtsposities in politiek, openbaar bestuur en bedrijfsleven. Aan het slot reflecteren we op wat deze trends betekenen voor het maatschappelijk gezag van de juristen.

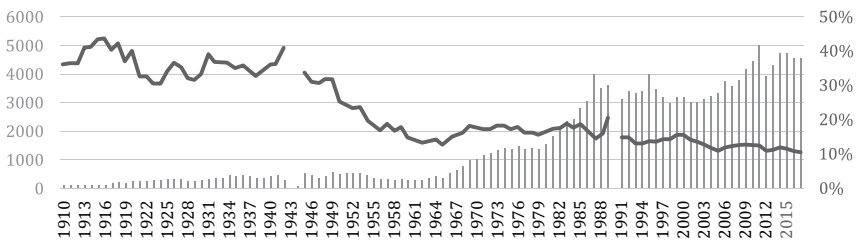
2.2 Meer juristen, maar minder marktaandeel

Meer afgestudeerden, maar veel minder marktaandeel

We beginnen met een simpele vraag: hoeveel afgestudeerde juristen zijn er eigenlijk in ons land? Neemt hun aantal nog steeds toe en wat is hun ‘marktaandeel’? We beginnen aan de bron, bij de universiteiten. Het aantal juristen hangt immers af van het aantal studenten dat afstudeert in de rechtsgeleerdheid. De staven in Figuur 1 laat zien dat het aantal afgestudeerde juristen in

ons land in de afgelopen honderd jaar vrijwel elk jaar is toegenomen. In de eerste helft van de vorige eeuw ging de toename geleidelijk, van 142 afgestudeerde juristen per jaar in 1910, tot 320 in 1960. Vanaf de jaren zestig gaat het hard. In 1970 wordt de grens van duizend afgestudeerden bereikt en in de decennia die volgen loopt het aantal verderop. In 2011 wordt een piek bereikt van meer dan 5000 afgestudeerden. Daarna neemt het aantal wat af en de laatste jaren schommelt het rond de 4500 afgestudeerden per jaar.

Figuur 1: Absolute aantal en relatieve aandeel juristen onder afgestudeerde wo-studenten²



Deze enorme stijging van het aantal juristen in ons land betekent echter niet dat de maatschappelijke positie van juristen navenant is versterkt. In de 19^e eeuw en de eerste helft van de 20^e eeuw kende ons land maar een beperkt aantal universiteiten, die elk slechts vijf faculteiten hadden: Godgeleerdheid, Rechtsgeleerdheid, Geneeskunde, Wis- en natuurkunde en Wijsbegeerte en letteren.³ Rechtsgeleerdheid was verreweg de grootste en meest generieke opleiding. Vanaf de jaren zestig van de vorige eeuw kwamen er nieuwe grote en generieke faculteiten, zoals Economie en Bedrijfskunde en Sociale wetenschappen, en nam het aantal afstudeerrichtingen enorm toe. Op dit moment zijn er meer dan 400 verschillende bacheloropleidingen en meer dan 700 verschillende masterspecialisaties in ons land. Dat heeft ervoor gezorgd dat het

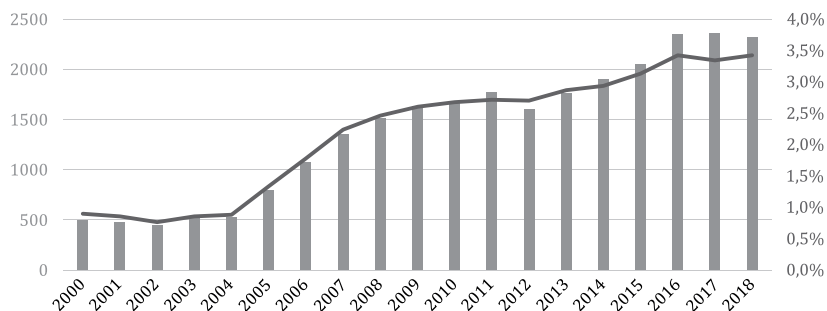
2 Voor de periode van 1910 tot 1989 is gebruikgemaakt van een dataset van het CBS (2018). De cijfers over de periode van 1991 tot 2017 zijn afkomstig van de DUO. Cijfers over de periode van 2013 tot en met 2017 waren openbaar beschikbaar op de website van DUO (2019). Deze dataset is aangevuld met cijfers over de periode van 1991 tot en met 2012 welke op aanvraag zijn verstrekt door DUO. Doordat de bachelor-masterstructuur met ingang van 1 september 2002 in werking is getreden, zijn zowel cijfers te vinden over behaalde doctoralen als ook over masterdiploma's. Het eerste masterdiploma rechtsgeleerdheid dateert van 2002 en werd verstrekt door de Radboud Universiteit. In 2010 werden de laatste vier doctoralen rechtsgeleerdheid verstrekt door de Erasmus Universiteit. De datasets van het CBS en DUO zijn gebruikt om het aantal afgestudeerde masterstudenten rechtsgeleerdheid en behaalde doctoralen rechtsgeleerdheid te vergelijken met het totale aantal afgestudeerden masterstudenten en behaalde doctoralen. In deze berekening zijn postdoctorale diploma's niet meegerekend.

3 Zie voor de ontwikkeling van het hoger onderwijs in ons land de bijdrage van Job Buijting, waar deze gegevens aan zijn ontleend.

marktaandeel van de juristen onder de afgestudeerden sterk is gedaald. Dat laat de lijn in figuur 1 zien. Aan het begin van de 20^e eeuw was meer dan 40% van alle afgestudeerden in het wetenschappelijk onderwijs jurist. Na de oorlog begon dat te dalen en tegenwoordig is nog maar 11% van alle bullen een juridische bul. In relatieve zin heeft de rechtsgeleerdheid in het wetenschappelijk onderwijs dus enorm veel terrein verloren in de afgelopen eeuw.

In het hbo ligt de situatie wat anders. In figuur 2 zijn de afgestudeerden van de bachelor Rechten en Sociaal-Juridische Dienstverlening (SJD) afgezet tegen het totale aantal afgestudeerde hbo-bachelor studenten.⁴ Hun absolute aantal is sinds de eeuwwisseling flink gestegen, evenals hun marktaandeel binnen het hbo – al liggen beide nog steeds veel lager dan in het wo.

Figuur 2: Absolute en relatieve aandeel Rechten en SJD onder afgestudeerde hbo-bachelor studenten⁵



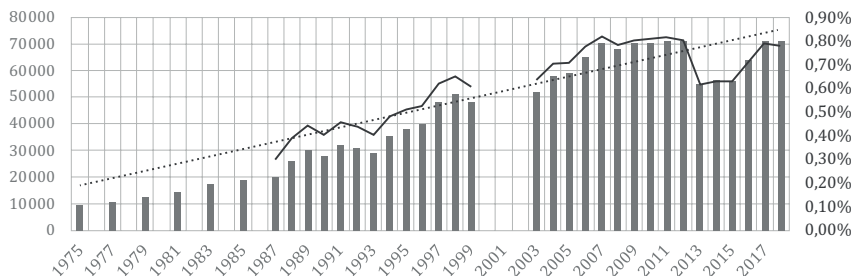
Meer juristen onder de beroepsbevolking

De sterke stijging van het aantal afgestudeerde juristen heeft wel hun relatieve positie in de algemene beroepsbevolking versterkt. Dat is te zien aan de stip-pellijn in figuur 3 die een stijgende trend laat zien.

4 Er is gekozen om te kijken naar de opleidingen Rechten en SJD, omdat deze studenten na het afstuderen de titel LLB. mogen voeren.

5 Bron: Dienst Uitvoering Onderwijs (2019, 5 februari). 05. *Gediplomeerden hbo 2018* [Dataset]. Geraadpleegd via www.duo.nl/open_onderwijsdata/databestanden/ho/ingeschreven/wo-ingeschr/ingeschrevenen-wo5.jsp op 10 januari 2020. Deze dataset is aangevuld met cijfers over de periode van 2000 tot en met 2012 welke op aanvraag zijn verstrekt door DUO.

Figuur 3: Aantal juristen en aandeel in de beroepsbevolking⁶



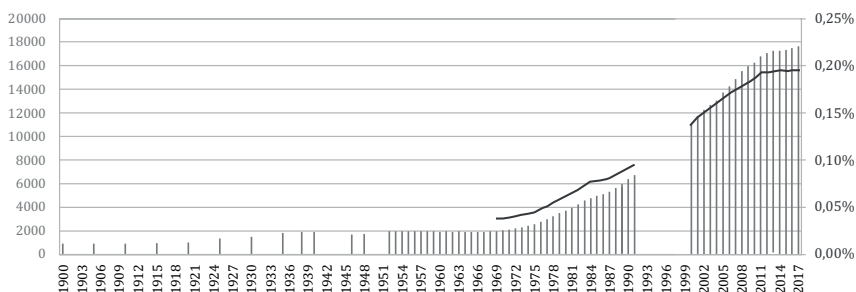
Door de enorme toename van het aantal afgestudeerden is aantal juristen onder de beroepsbevolking uiteraard ook sterk gestegen. Dit is weergegeven met de staafdiagrammen. Sinds 2007 zijn er zo'n 70.000 juristen onder de beroepsbevolking in ons land.⁷ Ook hun relatieve aandeel binnen de totale beroepsbevolking is fors gestegen – zij het dat het nog steeds om lage percentages gaat. Minder dan 1% van de beroepsbevolking geldt bij het CBS als jurist.

We hebben vervolgens apart gekeken naar de klassieke juridische beroepen.

6 Voor de figuur is gebruikgemaakt van meerdere publicaties van het CBS (1978; 1980; 1982; 1985; 1986; 1987; 1988; 1989; 1990; 1991; 1992; 1993; 1994; 1995; 1996; 1997; 1998; 1999; 2000; 2019b; 2019c). De publicaties van de periode 1978 tot en met 2000 betreffen de Arbeidskrachtentellingen (1975-1985) en de Enquêtes Beroepsbevolking (1987-1999). Hierbij moet worden opgemerkt dat vanaf 1994 de Beroepenclassificatie uit 1984 werd vervangen door de Standaard Beroepenclassificatie uit 1992. In de publicaties vanaf 1994 is er daardoor geen aparte categorie meer voor juristen. Voor de publicaties van 1994 tot en met 1999 is daarom gekeken naar mensen in de categorie 'wetenschappelijke juridische, bestuurlijke beroepen' met een wo-opleiding. Het CBS geeft geen definitie van deze categorie, maar de beroepen die binnen deze categorie vallen zijn te vinden in het classificatieschema: www.cbs.nl/nl-nl/onze-diensten/methoden/classificaties/onderwijs-en-beroepen/beroepenclassificatie--isco-en-sbc--/standaard-beroepenclassificatie-1992--sbc-1992---verbeterde-editie-2001-/media/18bbc95ac3f0438a888221f25188525c.ashx (code 932). De cijfers voor het aantal juristen in periode van 2003 tot en met 2018 komen uit een dataset van het CBS (2019c). Dit beroepssegment omvat de advocaten en rechters en overige juristen (CBS, 2019b). De cijfers over het aantal juristen zijn vervolgens afgezet tegen de omvang van de beroepsbevolking met behulp van een andere dataset van het CBS (2019b).

7 De abrupte daling in het jaar 2013 wordt verklaard door de nieuwe indeling van beroepen (ISCO 2008 in plaats van de Standaard Beroepenclassificatie 1992) vanaf 2013.

Figuur 4: Aantal advocaten en aandeel advocaten in de beroepsbevolking⁸

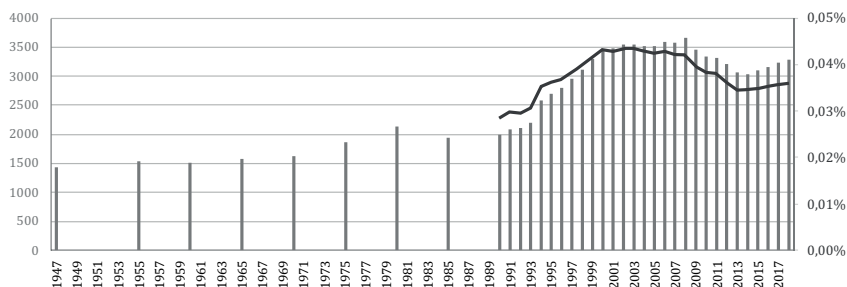


Figuur 4 laat zien dat het aantal advocaten in ons land spectaculair is gestegen in de laatste decennia, van ongeveer 2000 in het begin van de jaren zeventig van de vorige eeuw, tot bijna 18.000 in 2017. Ook in relatieve zin zijn er meer advocaten bijgekomen, al is nog steeds maar een zeer klein percentage van de beroepsbevolking advocaat.

Ook het aantal notarissen en kandidaat-notarissen in ons land is de afgelopen eeuw gestegen, zij het veel minder spectaculair dan het aantal advocaten. Dat heeft natuurlijk alles te maken met het feit dat er maar een beperkt aantal plaatsen is. In de jaren na 2008 is het aantal notarissen zelfs wat gedaald.

⁸ Voor het absolute aantal advocaten is gebruikt gemaakt van het CBS (2010) voor de periode van 1900 tot en met 2009. Voor de periode van 2009 tot en met 2018 is gebruik gemaakt van het WODC (2019: tabel 6.1). Deze cijfers zijn vervolgens vergeleken met de cijfers over de omvang van de beroepsbevolking. Hiervoor is opnieuw gebruik gemaakt van CBS (2019b) en van de beroepentellingen van het CBS uit 1920, 1930 en 1947. Doordat er niet voor elk jaar cijfers beschikbaar waren over de beroepsbevolking en over het aantal juristen zijn de percentages alleen bekend voor de jaren 1920, 1930, 1969-1991 en 2000-2017.

Figuur 5: Aantal notarissen en aandeel in de beroepsbevolking⁹

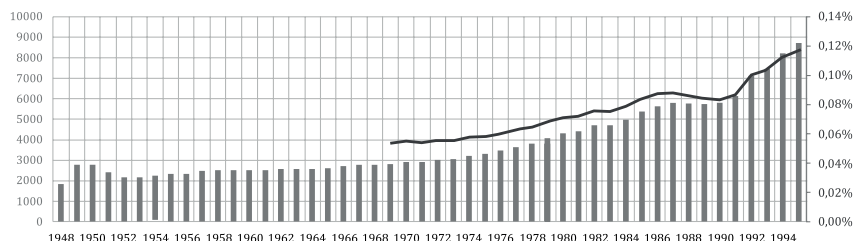


Lastiger was het om longitudinale gegevens te vinden voor de omvang van rechterlijke macht. Daar lukte het niet om één heldere figuur te maken, omdat de verschillende datasets verschillende indelingen van de rechterlijke macht gebruiken. Het CBS (2010) geeft cijfers over het personeel van de rechtelijke organisatie van 1948 tot en met 1995. Deze zijn weergegeven in figuur 6. Het gaat hierbij zowel om het rechtsgeleerde als om het ondersteunende personeel, inclusief de parketten van het OM. Deze cijfers zijn weer afgezet tegen de omvang van de beroepsbevolking.¹⁰

9 Dit is inclusief de kandidaat-notarissen. Bronnen: voor de periode van 1947 tot en met 1993: WODC, 1997: 122. Van 1994 tot en met 2010: WODC, 2011: 43. Van 2011 tot en met 2018: WODC, 2019: tabel 6.8. Deze cijfers zijn afgezet tegen de omvang van de beroepsbevolking (CBS, 1947; 2019b).

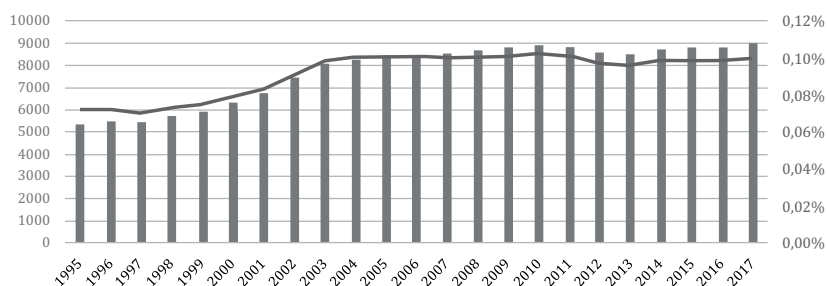
10 Omdat cijfers over de beroepsbevolking niet gevonden zijn voor de periode van 1948 tot en met 1968 zijn in de figuur alleen percentages weergegeven voor de periode van 1969 tot en met 1995.

Figuur 6: Aantal personeel rechterlijke organisatie en aandeel in beroepsbevolking 1948-1995¹¹



Voor de periode na 1995 zijn er cijfers van de Raad voor de rechtspraak beschikbaar over het rechterlijk en niet-rechterlijk personeel van de gerechten, maar exclusief de Hoge Raad en de Raad van State en de parketten van het Openbaar Ministerie. Deze zijn aangevuld met cijfers van het WODC. De cijfers zijn jaargemiddelden van de jaren 1995 tot en met 2017. Ofschoon het niet-rechterlijk personeel niet altijd jurist zal zijn, geven deze cijfers toch een goede indicatie voor de omvang van deze klassieke juridische institutie.

Figuur 7: Aantal personeel rechtspraak en aandeel in de beroepsbevolking 1995-2017¹²



11 Bron: CBS (2010; 2019b). Het gaat hier om de totale personeelssterkte van rechtsgeleerd en ondersteunend personeel in formatieplaatsen op basis van werkelijke bezetting. De rechterlijke organisatie omvat in de gewone of burgerlijke rechtspraak behalve de gerechten (kantongerecht, arrondissementsrechtbank, gerechtshof en Hoge Raad) ook de parketten van het Openbaar Ministerie. Per 1 januari 1991 is de militaire rechtspraak overgegaan in de gewone rechtspraak. In de administratieve rechtspraak zijn inbegrepen de Raden van Beroep/Ambtenarengerechten, de Centrale Raad van Beroep, het College van Beroep voor het Bedrijfsleven en de Tariefcommissie. Met ingang van 1 juli 1992 is de taak van de Raden van Beroep/Ambtenarengerechten overgenomen door de nieuw ingestelde sectoren bestuursrecht bij de arrondissementsrechtbanken.

12 Bron: De cijfers voor de periode van 1995 tot en met 2004 zijn verstrekt door Frank van Tulder van de Raad voor de rechtspraak. De cijfers voor 2005 tot en met 2017 komen uit WODC 2019. Dit betreft het totaal aantal personeel rechtspraak civiel en bestuur met daarbij opgeteld het personeel in strafrechtspraak.

Deze verschillende reeksen geven een redelijk eenduidig beeld. In de tweede helft van de vorige eeuw is er een sterke stijging van de omvang van het rechterlijk personeel, maar na de eeuwwisseling stagneert de groei en is de omvang niet meer toegenomen.

2.3 Een hoge maatschappelijke status en veel vertrouwen

Togaberoepen hoog op de statusladder

Hoe staat het met het maatschappelijk aanzien van de juristen in ons land? Er zijn verschillende manieren om ‘aanzien’ te operationaliseren. We kijken als eerste naar de status van hun beroep. ‘Jurist’ als zodanig is natuurlijk geen beroep, daarom hebben we ons beperkt tot de status van de klassieke juridische beroepen. Om inzicht te krijgen in de ontwikkeling van hun status zijn vier beroepenladders vergeleken: uit 1953, 1982, 2006 en 2016. Uitgangspunt was een rapport waarin de status van leraren in 2016 werd onderzocht (Cörvers et al., 2017: 69-72). In dat rapport zijn 95 beroepen vergeleken die ook voorkwamen in beroepsladders uit 1982 (Sixma en Ultee, 1983: 370-373) en 2006 (Groenewegen et al., 2007).¹³ Wij hebben de top tien van 2016 als uitgangspunt genomen en vergeleken met deze eerdere ladders. Ook hebben we gekeken of deze beroepen al voorkwamen in de top tien uit 1953 (Van Heek et al., 1958).

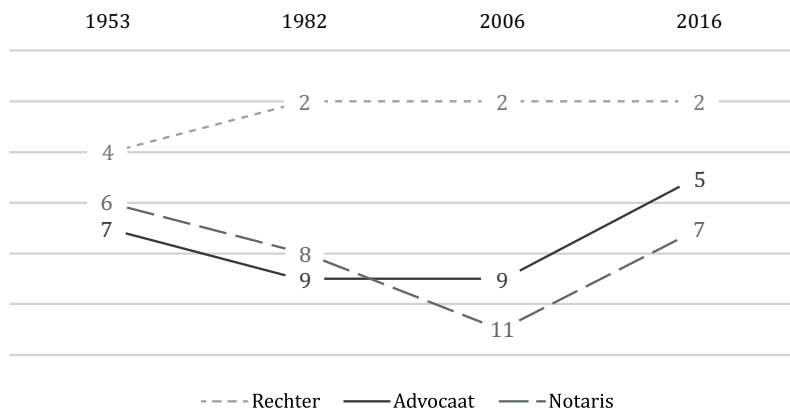
Deze vergelijking levert voor juristen een geruststellend beeld op. Tabel 1 laat zien dat de klassieke juridische beroepen in ons land een zeer hoge status hebben en in 2016 nog steeds in de top tien staan. Rechteren genieten zelfs de hoogste status, op chirurgen na. De stelling dat beroepen in status dalen wanneer het aantal vrouwelijke beoefenaren toeneemt, geldt in ieder geval dus niet voor de rechterlijke macht.

13 Cörvers et al. (2017: 74) zeggen het volgende over hun werkwijze: “We hebben de schalen uit 2016, 2006 en 1982 onderling vergeleken door de beroepen te selecteren die op alle drie de schalen voorkomen waarbij we ons niet beperken tot de exacte omschrijving maar ook beroepen meenemen met aanpassingen in werkinhoud en/of benaming. Dat leidt tot een lijst van 95 (van de 138) beroepen. Voor de vergelijking van de schaalposities hebben we gebruikt gemaakt van de relatieve schaalscores, die in alle drie ladders in theorie lopen van 0 (laagst mogelijke aanzien) tot 100 (hoogst mogelijke aanzien). Op basis van de correlaties van de schaalscores concluderen we dat in grote lijnen in het maatschappelijk aanzien van beroepen geen grote verschuivingen hebben plaatsgevonden. De correlatie tussen de schaalscores van de 95 vergelijkbare beroepen bedraagt tussen 2006 en 2016 0,96 en tussen 2016 en 1982 0,95. Kortom, de rangordening van de beroepen op de schalen is zeer consistent in de loop van de tijd.”

Tabel 1: Top 10 beroepen van 2016 vergeleken met de beroepenladders van 1953, 1982 en 2006

Beroep	1953	1982	2006	2016
Chirurg	2	1	1	1
Rechter	4	2	2	2
Burgemeester	3	5	3	3
Internist				4
Advocaat	7	9	9	5
Directeur, industriële onderneming	9	10	7	6
Notaris	6	8	11	7
Piloot		12	13	8
Huisarts		7	10	9
Hoogleraar	1	4	5	10

Figuur 8: Beroepsstatus rechter, advocaat en notaris 1953-2016



Figuur 8 laat zien dat de status van de klassieke juridische beroepen er in 2016 zelfs nog wat op vooruit is gegaan. Het is dus niet zo gek dat kinderen vaak ‘advocaat’ of ‘rechter’ willen worden. De enigen die zich zorgen moeten maken zijn de hoogleraren rechtsgeleerdheid. In 1953 hadden hoogleraren nog de hoogste status van alle beroepen, maar in 2016 stonden ze nog maar net op een tiende plaats.

Veel vertrouwen in juristen en juridische instituties

Een andere indicator voor het maatschappelijk aanzien van de juristen is het vertrouwen dat burgers hebben in de klassieke juridische beroepen en instituties. Er zijn binnen de beroepsgroepen zelf veel zorgen en discussies over het functioneren van de advocatuur, het notariaat en de rechtelijke macht, maar die leiden vooralsnog niet tot een dalende maatschappelijke waardering voor deze beroepsgroepen. In een rapport uit 2015 bracht het WODC de opvattingen van burgers over het functioneren van advocatuur en rechtspraak in kaart. Tabel 2 laat zien dat die oordelen over het algemeen redelijk positief zijn en tussen 2003 en 2014 niet omlaag zijn gegaan. Over de resultaten zegt het WODC (2015: 194):

“Over de hele linie is de burger het min of meer eens met de stellingen dat hij of zij bij de rechter een eerlijke behandeling krijgt, en dat rechtbanken belangrijk zijn om rechten af te dwingen. In wat mindere mate geldt dit ook voor de stelling dat rechters eerlijk en betrouwbaar zijn. Iets minder instemming krijgt de stelling dat de rechtspraak in staat is om problemen op te lossen: daarmee is men het gemiddeld genomen eens noch oneens. Dat geldt ook voor de stellingen dat advocaten eerlijk en betrouwbaar zijn; dat de advocatuur in staat is om problemen op te lossen en dat het rechtssysteem voor iedereen – arm of rijk – gelijk werkt. Het minst positief is men over het geld dat advocaten vragen voor het werk dat zij doen; dit is de gemiddelde burger te veel.”

Tabel 2: Kernindicatoren vertrouwen in advocatuur en rechtspraak (gemiddelde vijfpuntschaal)¹⁴

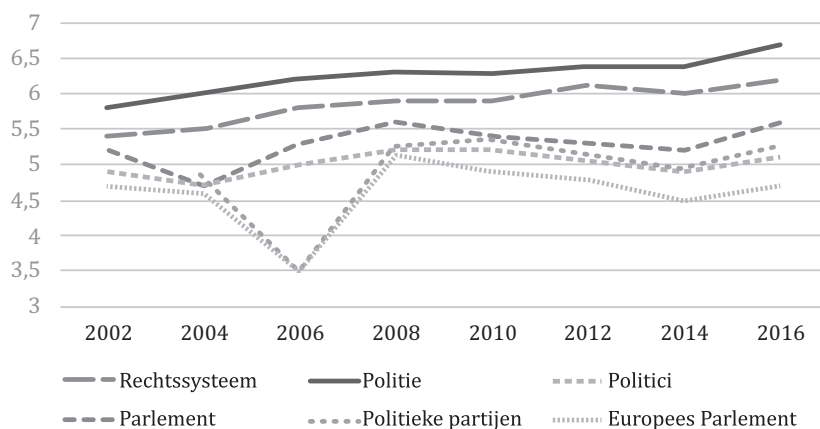
	2003	2009	2014
Bij de rechter krijgt men een eerlijke behandeling	3,7	3,7	3,7
Advocaten vragen te veel geld voor het werk dat ze doen	4,1	4,1	4
Rechtbanken zijn belangrijk om rechten af te dwingen	3,8	3,8	3,8
Rechtssysteem werkt voor iedereen gelijk (rijk of arm)	2,8	2,9	3
Advocaten zijn eerlijk en betrouwbaar	2,9	3	3
Rechters zijn eerlijk en betrouwbaar	3,5	3,5	3,5
Bij gang naar advocaat wordt probleem opgelost		2,9	2,9
Bij gang naar rechter wordt probleem opgelost		3,1	3,1

Uit de onderzoeken van het CBS en van het Sociaal Cultureel Planbureau naar het vertrouwen van burgers in een aantal belangrijke maatschappelijke instituties komt eveneens een redelijk positief beeld naar voren. De rapportcijfers voor het rechtssysteem zijn weliswaar niet heel hoog – tussen de 5,5 en de 6,5 zou op

14 Bron: WODC, 2015.

school met de hakken over de sloot zijn – maar figuur 9 laat zien dat dit in vergelijking met een aantal andere instituties heel behoorlijk is. Zo is het vertrouwen in het rechtssysteem beduidend hoger dan in het parlement of in politici. Alleen de politie krijgt een hoger cijfer dan het rechtssysteem. Eenzelfde beeld is zichtbaar in het Continu Onderzoek Burgerperspectieven van het Sociaal Cultureel Planbureau (2019). Dit meet elk kwartaal het vertrouwen van burgers in een reeks van instituties. Ook daaruit komt steevast naar voren dat de rechtspraak relatief veel vertrouwen geniet.

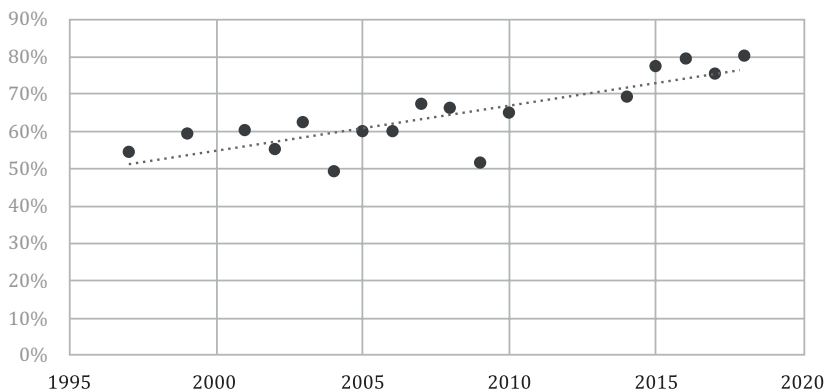
Figuur 9: Rapportcijfer vertrouwen in instituties in Nederland¹⁵



Wat figuur 9 ook laat zien is dat dit vertrouwen in het rechtssysteem in de afgelopen decennia gestaag is toegenomen. Dat blijkt ook uit de Eurobarometer onderzoeken die in opdracht van de EU worden verricht. Figuur 10 laat zien dat het aantal burgers dat geneigd is om het rechtssysteem te vertrouwen in ons land gestegen is van 50% in 1997 tot 80% in 2018.

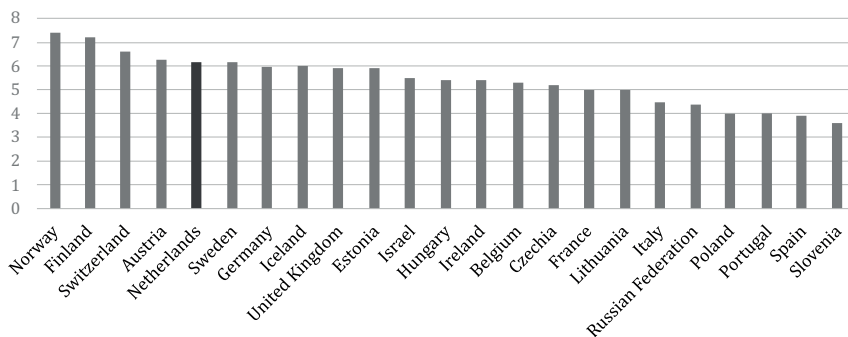
15 Bron: CBS, 2019a.

Figuur 10: Burgers met vertrouwen in het rechtssysteem in Nederland (%)¹⁶



Zo'n hoge mate van vertrouwen in het rechtssysteem is zeker niet vanzelfsprekend. Uit figuur 11 blijkt dat in 2016 in veel andere landen het vertrouwen in het rechtssysteem beduidend lager lag dan in ons land.

Figuur 11: Vertrouwen in het rechtssysteem in Europees perspectief (11-puntschaal)¹⁷



16 Bron: voor de grafiek zijn cijfers gebruikt uit de Eurobarometers 48, 51, 55, 57, 59, 61, 64, 66, 68, 70, 72, 74, 82, 83, 86, 88 en 90. www.gesis.org/eurobarometer-data-service/search-data-access/eb-trends-trend-files/list-of-trends/trust-in-institutions/, geraadpleegd op 17 juli 2019. In de Eurobarometers wordt de volgende vraag gesteld om het vertrouwen te meten in verschillende instituties waaronder het nationale rechtssysteem: "I would like to ask you a question about how much trust you have in certain institutions. For each of the following institutions, please tell me if you tend to trust it or tend not to trust it."

17 Bron: European Social Survey (ESS), 2016. In de ESS van 2016 werd het vertrouwen in het rechtssysteem gemeten met behulp van de volgende vraag: "B6-12 Using this card, please tell me on a score of 0-10 how much you personally trust each of the institutions I read out. 0 means you do not trust an institution at all, and 10 means you have complete trust. Firstly... ..the legal system?"

Deze empirische gegevens geven weinig reden tot zorg over de maatschappelijke positie van de klassieke juridische beroepen. De meeste burgers in ons land hebben vertrouwen in het rechtssysteem en in de belangrijkste actoren daarbinnen.¹⁸ In de afgelopen decennia is dat vertrouwen zelfs toegenomen. Rechter, notaris en advocaat zijn bovendien beroepen met een zeer hoge status en er is geen enkele aanwijzing dat die positie onder druk staat.

2.4 Juristen op gezaghebbende posities: van centrum naar periferie

Juristen komen niet alleen terecht in de klassieke juridische beroepen. Dat kan ook niet anders, want er zijn zo'n 70.000 juristen onder de beroepsbevolking, terwijl er maar een kleine 25.000 juristen in de klassieke juridische beroepen werken. Veel juristen komen terecht bij de overheid en in het bedrijfsleven, bijvoorbeeld als wetgevingsjurist¹⁹, beleidsmedewerker, juridisch adviseur of bedrijfsjurist. Kraan en Niemeijer (2018: 97) schatten bijvoorbeeld dat er een kleine 10.000 overheidsjuristen zijn, die werken bij ministeries, decentrale overheden en een reeks van andere bestuursorganen. Andere afgestudeerden gaan zelfs iets heel anders doen en werken bijvoorbeeld in de media en entertainmentwereld, als journalist, producer of presentator.

Vanouds bekleden juristen in ons land ook gezaghebbende posities in politiek en bestuur en in het bedrijfsleven. Tot ver in de jaren zestig was de rechtsgeleerdheid eigenlijk de enige studie die opleidde voor meer algemene bestuurlijke functies in het openbaar bestuur en bedrijfsleven. Politici, topambtenaren en directeurs van grote ondernemingen waren vaak jurist. We hebben daarom ook gekeken in hoeverre er tegenwoordig juristen zitten op de centrale machtsposities in de samenleving: in het kabinet en de Tweede Kamer, bij de Europese Commissie, op de toppen van de departementen en bij de raden van bestuur van grote bedrijven. Hoe staat het met de positie van juristen in het centrum van de macht? Die ziet er beduidend minder rooskleurig uit.

Minder juristen onder ministers en EU-commissarissen

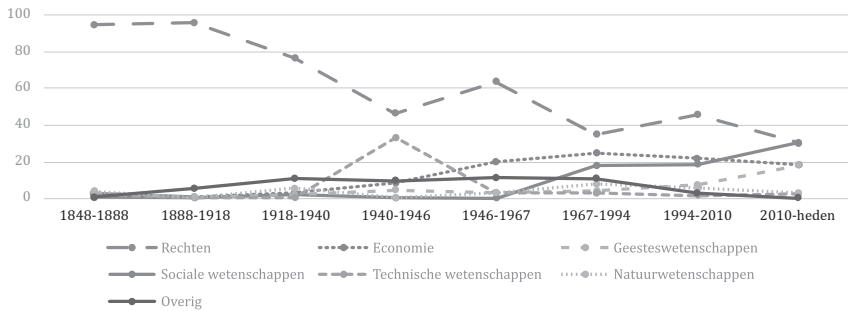
In ons land zijn bewindslieden vanouds zeer hoog opgeleid. Al vanaf 1848 heeft de meerderheid van de ministers in ons land een universitaire achtergrond en sinds de Tweede Wereldoorlog is in elk kabinet meer dan 80% van

18 Wel is er, net als bij de politieke instituties (Bovens & Wille 2011), een sterke opleidingsgradiënt in de mate van vertrouwen. Hoe hoger de opleiding, hoe meer vertrouwen burgers in instituties hebben. Van de hoger opgeleiden heeft 81% vertrouwen in de rechtspraak, van de middelbaar opgeleiden 60% en van de lager opgeleiden 50% (Van Nooije en Putters 2017: 44).

19 Zie bijvoorbeeld: Bouwes 2011.

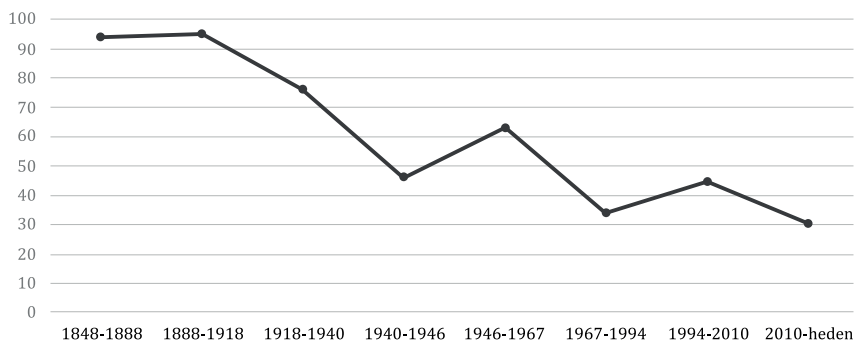
de ministers academisch geschoold (Bovens & Wille 2011: 65). Vanaf 1848 tot 1918 zijn dat vrijwel allemaal juristen. We zagen al dat in die periode de juristen een enorm marktaandeel hadden onder het aantal universitair afgestudeerden. Juristen vonden hun weg naar allerlei generieke bestuurlijke functies. In de loop van de 20^e eeuw komen er nieuwe studies op die ook relevant zijn voor beleid en politiek, zoals economie en sociale wetenschappen. Figuur 12 en 13 laten zien dat vanaf 1918 die andere disciplines ook hun weg naar het kabinet gaan vinden. In de zakelijke oorlogskabinetten (1940-1946) heeft bijna een derde van de universitair opgeleide ministers een technische achtergrond en zijn de juristen onder hen voor het eerst in de minderheid. Daarna herstellen de juristen zich weer, maar na de enorme onderwijsexpansie vanaf de jaren zestig moeten de juristen veel terrein prijsgeven. Sinds 2010, de periode van de kabinetten Rutte, is nog maar 30% van de universitair geschoolde bewindslieden jurist. Het percentage van het totale aantal ministers is zelfs nog wat lager, omdat er ook ministers zijn met een hbo-opleiding.

Figuur 12: Disciplinaire achtergrond universitair geschoolde ministers (%)²⁰



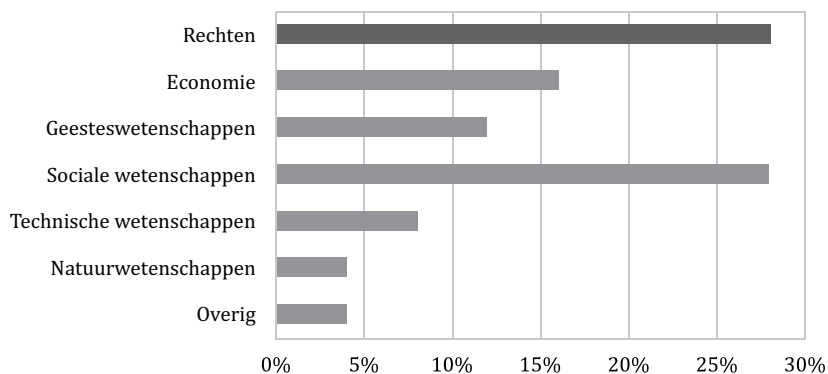
20 Bronnen: Secker 1991; Bovens & Wille 2011; www.parlement.com. Voor deze indeling is bedrijfskunde gerekend onder 'Economie' en zijn bestuurskunde en politicologie gerekend onder 'Sociale wetenschappen'.

Figuur 13: Juristen onder universitair geschoolde ministers (%)



Op het Europese niveau zien we een vergelijkbaar beeld. We hebben alleen gekeken naar de universitair geschoolde Eurocommissarissen onder voorzitter Jean-Claude Juncker²¹ en onder Ursula von der Leyen²² zoals weergegeven op de officiële website van de Europese Commissie. De EU-commissie onder voorzitterschap van Juncker telde 25 universitair geschoolde commissarissen. Daarvan was 28% jurist, dat was net zoveel als het percentage sociale wetenschappers. Onder Von der Leyen zijn de sociale wetenschappers de juristen voorbij gestreefd. Bij het aantreden in 2019, telde haar team 26 universitair geschoolde leden, waarvan er 6 jurist waren, tegenover 9 sociale wetenschappers.

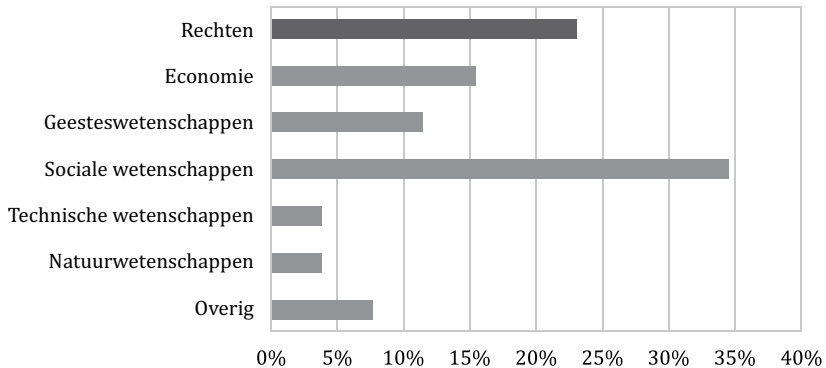
Figuur 14 Disciplinaire achtergrond universitair geschoolde Eurocommissarissen (Juncker)



21 ec.europa.eu/commission/commissioners/2014-2019_nl, geraadpleegd op 8 oktober 2019.

22 ec.europa.eu/commission/commissioners/2019-2024_nl, geraadpleegd op 8 januari 2020.

Figuur 15 Disciplinaire achtergrond universitair geschoolde Eurocommissarissen (Von der Leyen)



Minder juristen onder leden van de Tweede Kamer

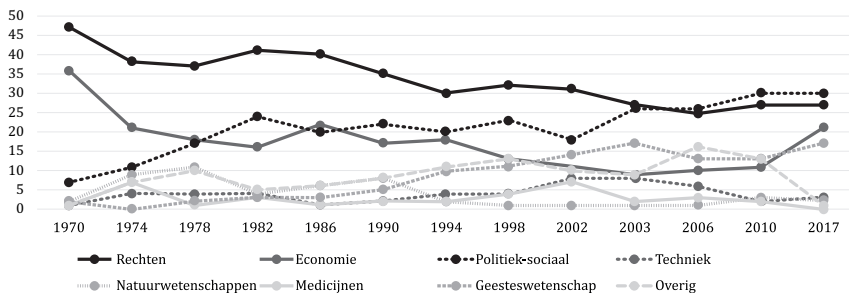
Onder Tweede Kamerleden is eveneens een dalende trend zichtbaar. In de tweede helft van de 19^e eeuw, toen het kiesrecht beperkt bleef tot de maatschappelijke bovenlaag, had tegen de 80% van de Kamerleden een universitaire achtergrond. Van hen was weer rond de 80% jurist (Bovens & Wille 2011: 74). Na de invoering van het algemeen kiesrecht in 1918 nam het aantal universitair opgeleide Kamerleden sterk af en tot de jaren zestig had de meerderheid van de Kamerleden geen universitaire bul. Vanaf de jaren zeventig van de vorige eeuw verandert dit echter. Tegenwoordig is ons land opnieuw een echte ‘diplomademocratie’ en heeft tegen de 90% van de Kamerleden een universitaire opleiding.

Figuur 16 laat echter zien dat in diezelfde periode van academisering van de Tweede Kamer het percentage juristen onder de Tweede Kamerleden sterk is teruggelopen. In de jaren vijftig en zestig had nog een meerderheid van de academisch gevormde Kamerleden een mr.-titel, vanaf de jaren zeventig halveert dat.²³ Door de democratisering van het hoger onderwijs, in de jaren zestig van de vorige eeuw, neemt niet alleen het aantal academici in ons land sterk toe, maar ook de variëteit in disciplines. Het duurde een jaar of twintig voordat deze academische babyboomers de mars door de instituties hadden voltooid, maar vanaf de jaren tachtig zie je dat het percentage juristen in de Tweede Kamer sterk afneemt ten gunste van andere disciplines, met name maatschappijwetenschappers, zoals economen, sociologen, politicologen en bestuurs-

23 Zie Van den Berg, 1983: 134; Van den Berg & van den Braak 2004: 75.

kundigen. De Tweede Kamer die aantrad na de verkiezingen van 2017 telde nog maar 30 afgestudeerde juristen, dat is 20% van het totale aantal Kamerleden en 28% van de universitair geschoolden.

Figuur 16: Disciplinaire achtergrond universitair geschoolde Tweede Kamerleden 1970-2017 (%)²⁴



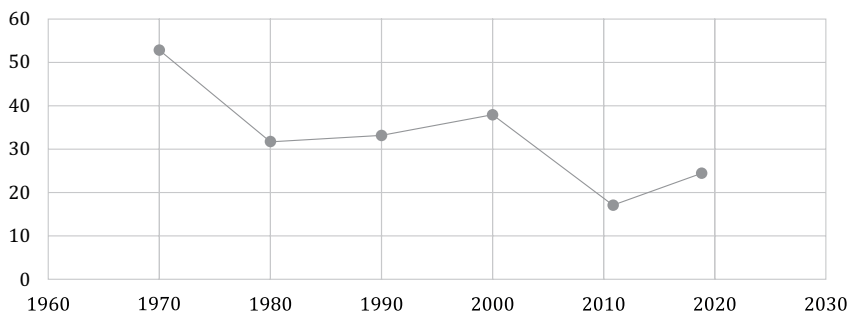
Minder topambtenaren met een mr.-titel

Aan de toppen van de departementen is het beeld niet veel anders. Ook daar was lange tijd de juridische opleiding de belangrijkste weg naar bestuurlijke functies en hebben in de loop van de jaren zeventig en tachtig andere disciplines hun opwachting gemaakt.²⁵ We hebben een aantal Staatsalmanakken geraadpleegd om te kijken wie van de topambtenaren een meesterstitel heeft. Tot de topambtenaren zijn gerekend: alle secretarissen-generaal, alle directuren-generaal, alle plaatsvervangende secretarissen-generaal, alle plaatsvervangende directeurs-generaal en alle overige leden van de Topmanagement-groep. Hun aantal schommelt tussen de tachtig en de honderdtien personen. Figuur 17 laat zien dat het percentage juristen onder hen in de afgelopen halve eeuw is gehalveerd. In 1970 had nog een meerderheid van de topambtenaren rechten gestudeerd, maar in 2018 was dat minder dan een kwart. Uiteraard vind je nog steeds veel juristen bij het ministerie van Justitie en Veiligheid – al was de vorige secretaris-generaal geen jurist – maar bij veel andere departementen staan er doctorandussen aan het roer. Er werken nog steeds de nodige juristen in het openbaar bestuur, maar die vind je vooral in de meer klassieke juridische stafdirecties, zoals Wetgeving en Juridische Zaken, waar ze werken als wetgevingsjurist of juridisch adviseur.

24 Bron: Van den Berg 2007; Bovens & Wille 2011; www.parlement.com.

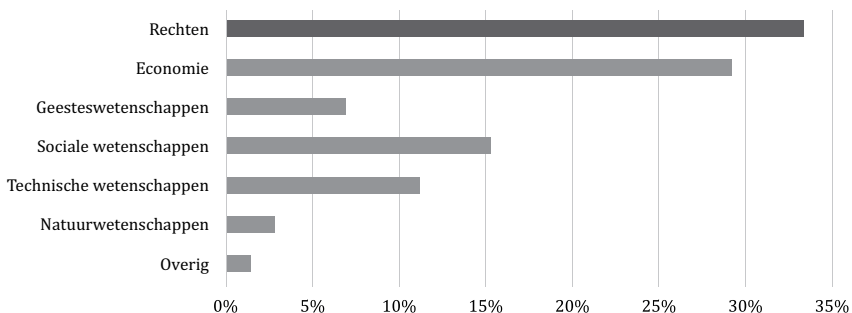
25 Zie ook Van der Meer & Roborgh 1993: 324-326.

Figuur 17: Topambtenaren met een meesterstitel 1970-2018 (%)



We hebben daarnaast ook gekeken naar de ambtelijke top van de Europese Commissie. Daar beschikten we niet over longitudinale gegevens, maar het beeld uit 2019 komt overeen met dat in Nederland. Van de 72 EU-topambtenaren hebben er 24 een rechten-opleiding voltooid, dat is 33%.²⁶

Figuur 18: Disciplinaire achtergrond universitair geschoolde EU-topambtenaren 2019 (%)



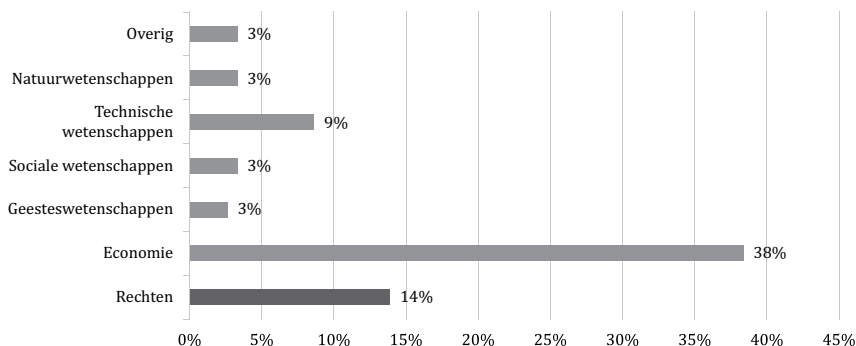
Weinig juristen onder bestuursleden van AEX-genoteerde bedrijven

Als laatste hebben we ook nog gekeken naar de belangrijkste bestuurlijke posities in het Nederlandse bedrijfsleven. We hebben daarvoor gekeken wat de

26 Er is gekeken naar de universitair geschoolde (plaatsvervangend) secretarissen-generaal, (plaatsvervangend) directeuren-generaal en naar de buitengewoon adviseurs van de diensten en directoraten-generaal zoals weergegeven op de officiële website van de Europese Commissie: ec.europa.eu/info/departments_nl, geraadpleegd op 8 oktober 2019.

universitaire achtergrond is van de leden van raad van bestuur van de aan de AEX-genoteerde bedrijven.²⁷ Ook daar zijn de juristen inmiddels sterk in de minderheid, zoals figuur 19 laat zien. Het zijn vooral economen en bedrijfskundigen die de dienst uitmaken in deze ondernemingen.

Figuur 19: Disciplinaire achtergrond van universitair geschoolde bestuursleden AEX-bedrijven 2019 (%)



Van centrum naar periferie

Gedurende de negentiende eeuw en een groot deel van de twintigste eeuw zaten juristen comfortabel in het centrum van de macht. De politieke, bestuurlijke en economische elites in ons land bestonden voor een zeer groot deel uit juristen. Dat kwam vooral omdat er relatief gezien gewoon heel veel juristen waren. De juridische opleiding was gedurende de negentiende en twee derde van de twintigste eeuw de belangrijkste academische opleiding voor generalisten. Vanaf de jaren zeventig verandert dat radicaal. Andere disciplines, zoals sociologie, economie en bedrijfskunde, politicologie en bestuurskunde, komen op en verdringen de juristen uit het centrum van de macht. In het openbaar bestuur en het bedrijfsleven vind je juristen tegenwoordig vooral terug in de klassieke juridische afdelingen, zoals wetgeving, handhaving, juridische zaken en *compliance*. Het algemene beeld is dat juristen in de afgelopen decennia geleidelijk van het centrum naar de periferie zijn opgeschoven.

27 Voor de lijst van AEX-genoteerde bedrijven is www.aandelencheck.nl/beursindexen/aex geraadpleegd op 17 juli 2019. De namen voor de raden van bestuur zijn onder andere: Executive Team (Aalberts), Management Board (Ahold Delhaize), Managing Board (Koninklijke DSM) en Executive Committee (Koninklijke Philips). De CEO en CFO zijn altijd onderdeel van de raad van bestuur.

2.5 Wel veel aanzien, maar minder macht

Wat heeft deze empirische verkenning opgeleverd? We beginnen met het goede nieuws. De klassieke juristen hebben veel maatschappelijk gezag – niet alleen de rijdende rechters, maar ook de zittende rechters. De klassieke juridische instituties genieten veel vertrouwen in ons land en de togaberoepen hebben nog steeds een hoge status. Er zijn weinig aanwijzingen dat dit aanzien tanende is.

Het minder goede nieuws is dat juristen steeds minder vaak te vinden zijn op de gezaghebbende posities bij de overheid en in het bedrijfsleven. Er werken nog steeds veel juristen in ‘Den Haag’ en in het bedrijfsleven, maar zij zijn hun dominante positie kwijtgeraakt en verdreven naar juridische reservaten aan de periferie van de macht. Juristen zijn steeds meer terecht gekomen in de togaberoepen en in de specifiek juridische functies en afdelingen binnen overheid en bedrijfsleven.

Die verschuiving van centrum naar periferie, of misschien moet ik zeggen van generalistische naar meer professionele posities, heeft voor- en nadelen. Voor juristen betekent dit een kans op verdere professionalisering van hun vak. De juridische professies in ons land hebben een omvang die groot genoeg is om intern te specialiseren en om extern succesvol te kunnen lobbyen. Dat kan bijdragen aan het versterken van hun gezag. Ook zet hun vertrek uit de meer generalistische posities een rem op een al te sterke juridisering van bestuur en beleid. Voor economen en bestuurskundigen is het recht immers maar een van de vele instrumenten om beleid te maken.

In dat laatste schuilt tegelijkertijd ook een grote uitdaging voor juristen. De beginselen van de rechtsstaat spreken niet langer vanzelf voor de meerderheid van de ministers, Kamerleden en topambtenaren. Een ruime meerderheid van de belangrijkste spelers in de Haagse arena’s is niet meer gesocialiseerd in een aantal juridische vanzelfsprekendheden. Dat uit zich op een aantal manieren. De nieuwe generaties politici en ambtenaren hebben geen of slechts een beperkte kennis van het staats- en bestuursrecht. Elementaire zaken, zoals de ministeriële verantwoordelijkheid en staatkundige verhoudingen, zitten vaak niet in de bagage. Daarnaast geldt dat veel beleidsambtenaren een instrumentele benadering van het recht hebben. Juridische regelingen zijn maar één van de vele instrumenten in de gereedschapskist van de overheid. Omdat de juristen zijn teruggedrongen in de stafafdelingen, is de juridische rationaliteit niet meer van meet af aan een van de centrale elementen in de beleidsvorming, maar komt deze pas in beeld in de slotfase van het beleidsproces, wanneer de meeste kaarten al zijn geschud.

Het betekent ook dat de juridische rationaliteit vaker de kans loopt het onderspit te delven in beleid en politiek. Politici en ambtenaren met een niet-juridi-

sche achtergrond zullen meer dan juristen gericht zijn op doelmatigheid in plaats van op rechtmatigheid, meer gefocust zijn op responsiviteit dan op onafhankelijkheid, en meer geneigd zijn tot evenwicht dan tot scheiding van machten.

Juristen zijn de belangrijkste hoeders van de rechtsstaat. Ervaringen in Zuid-Amerika laten zien dat flinke juridische faculteiten, stevige juristenverenigingen, en proactieve ordes van advocaten cruciaal zijn voor het opbouwen van de rechtsstaat.²⁸ In ons land is er geen directe zorg voor aantasting van de rechtsstaat en is het contraproductief als juristen bij elke nieuwe ontwikkeling direct de noodklok van de rechtsstaat gaan luiden. Wie te vaak waarschuwt voor de wolf, wordt op een gegeven moment niet meer gehoord.

Hun perifere positie betekent vooral dat juristen meer aan zendingswerk moeten gaan doen. Voor veel moderne gezagsdragers zijn de beginselen van de rechtsstaat niet alleen niet vanzelfsprekend, maar vooral ook onbekend. Juristen zullen meer werk moeten maken van het socialiseren van jonge ambtenaren en nieuwe Kamerleden en van het permanent bijscholen van de gevestigde orde. Juristen zullen het woord van de rechtsstaat luider en duidelijker moeten verkondigen, want anderen zullen dat niet voor hen doen.

Voor dat juridische zendingswerk is de Rijdende rechter een mooie bron van inspiratie. De uitzendingen van de Rijdende rechter bieden een laagdrempelige introductie in de basisregels en dilemma's van de rechtspraak. Er zouden daarom meer juridische soaps, realityseries en documentaires ontwikkeld moeten worden. Een mooie opdracht voor de jarige NJV – volgend jaar naast preadviezen ook media-formats!

Stellingen:

1. Het aanzien van de klassieke juridische beroepen is onverminderd hoog in ons land.
2. Juristen zitten niet meer in het centrum van de macht, daarom moeten zij de beginselen van de rechtsstaat veel actiever over het voetlicht brengen. Dat kan bijvoorbeeld door het ontwikkelen van media-formats.

2.6 Referenties

Berg, J.Th.J. van den (1983), *De toegang tot het Binnenhof: de maatschappelijke herkomst van Tweede Kamerleden tussen 1849 en 1970*, Weesp: Van Holkema & Warendorf.

28 Zie hiervoor het werk van de Chileense staatsrechtgeleerde Javier Couso.

- Berg, J.Th.J. van den (2007), 'Parlementariërs in tijden van politieke turbulentie', in: K. Aarts, H. van der Kolk & M. Rosema, *Een verdeeld electoraat: de Tweede Kamerverkiezingen van 2006*, Utrecht: Spectrum 2007.
- Berg, J.Th.J. van den & B. van den Braak (2004), 'Kamerleden als passanten in de Haagse politiek: de maatschappelijke herkomst van Tweede-Kamerleden 1970-2004', in: C.C. van Baalen e.a. (red.), *Jaarboek parlementaire geschiedenis 2004*, Den Haag: Sdu Uitgevers.
- Bouwes, M. (2011), 'De vorming van de wetgevingsjurist', in: H. Schouten (red.), *De opleiding van wetgevingsjuristen en wetgevingsonderzoekers in vergelijkend perspectief*, Preadviezen Vereniging voor wetgeving en wetgevingsbeleid, p. 61-64.
- Bovens, M. & A. Wille (2011), *Diplomademocratie: over de spanning tussen meritocratie en democratie*, Amsterdam: Bert Bakker.
- Cörvers, F., Mommers, A., Van der Ploeg, S., & Sapulete, S. (2017), *Status en imago van de leraar in de 21ste eeuw*, Maastricht: Researchcentrum voor Onderwijs en Arbeidsmarkt.
- Groenewegen, P.P., J. Hansen, H. Sixma, M. Krol, T. van der Weegen en W.C. Ultee (2007), 'Beroepsprestiges in Nederland: ontwikkelingen tussen 1982 en 2006', Conceptartikel gebruikt bij rapport Leerkraft!, NIVEL, Nederlands Instituut voor onderzoek van de Gezondheidszorg.
- Heek, F. van, et al. (1958), *Sociale stijging en daling in Nederland*, Leiden: Stenfert Kroese.
- Kraan, K. en B. Niemeijer (2018), 'De opleiding tot overheidsjurist', in: *Herijking van de juridische opleidingen*, Handelingen van de Nederlandse Juristen-Vereniging 148^e jaargang, Deventer: Wolters Kluwer: 93-128.
- Meer, F.M. van der & L.J. Roborgh, *Ambtenaren in Nederland: omvang, bureaucratisering en representativiteit van het ambtelijk apparaat*, Alphen aan den Rijn: Samsom Tjeenk Willink 1993.
- Noije, L. van en K. Putters, (2017), 'Vertrouwen in de rechtspraak, nu en in de toekomst?', *Rechtstreeks* 2017/2: 39-57.
- Sdu Uitgevers (2019), *Staatsalmanak voor het Koninkrijk der Nederlanden* (editie 2019), Den Haag: Sdu Uitgevers.
- Secker, W.P. (1991), *Ministers in beeld: de sociale herkomst van de Nederlandse ministers (1848-1990)*, Leiden: DSWO Press.
- Sixma, H., en W. Ultee (1983), 'Een beroepsprestigeschaal voor Nederland in de jaren tachtig', *Mens en Maatschappij*, 58: 360-382.
- Sociaal Cultureel Planbureau (2019). *Continu Onderzoek Burgerperspectieven 2019|2*, Den Haag: SCP.
- WODC (1997), 'Over notarissen', *Justitiële verkenningen*, 23(2): 1-164.
- WODC (2011), *Kwaliteit in zware tijd*. Geraadpleegd via www.wodc.nl/onderzoeksdatabase/prijs-kwaliteit-en-integriteit-van-notariele-dienstverlening.aspx op 24 juli 2019.

WODC (2015), *Geschilbeslechtingsdelta 2014*, Meppel: Boom Lemma.

WODC (2019), *Rechtspleging Civiel en Bestuur: Rechtspleging-civiel-bestuur-2018-tabellen-h06 personeel*. Geraadpleegd via www.wodc.nl/cijfers-en-prognoses/rechtspleging-civiel-en-bestuur/ op 8 januari 2020.

2.7 Geraadpleegde datasets

Centraal Bureau voor de Statistiek (1920, 31 december), *Uitkomsten der beroepstelling*. Geraadpleegd via www.volkstellingen.nl/nl/volkstelling/jaartellingdeelview/BRT192001/index.html op 24 juli 2019.

Centraal Bureau voor de Statistiek (1930, 31 december), *Volkstelling: Uitkomsten van de beroepstelling*. Geraadpleegd via www.volkstellingen.nl/nl/volkstelling/jaartellingdeelview/BRT193007/index.html op 24 juli 2019.

Centraal Bureau voor de Statistiek (1947, 31 mei), *12e Volkstelling, annex woningtelling*. Geraadpleegd via www.volkstellingen.nl/nl/volkstelling/jaartellingdeelview/BRT1947A2/index.html op 24 juli 2019.

Centraal Bureau voor de Statistiek (1978), *Arbeidskrachtentelling 1975*, Den Haag: Staatsuitgeverij.

Centraal Bureau voor de Statistiek (1980), *Arbeidskrachtentelling 1977*, Den Haag: Staatsuitgeverij.

Centraal Bureau voor de Statistiek (1982), *Arbeidskrachtentelling 1979*, Den Haag: Staatsuitgeverij.

Centraal Bureau voor de Statistiek (1985), *Arbeidskrachtentelling 1981*, Den Haag: Staatsuitgeverij.

Centraal Bureau voor de Statistiek (1986), *Arbeidskrachtentelling 1983*, Den Haag: Staatsuitgeverij.

Centraal Bureau voor de Statistiek (1987), *Arbeidskrachtentelling 1985*, Den Haag: Staatsuitgeverij.

Centraal Bureau voor de Statistiek (1988), *Enquête Beroepsbevolking 1987*, Voorburg: CBS.

Centraal Bureau voor de Statistiek (1989), *Enquête Beroepsbevolking 1988*, Voorburg: CBS.

Centraal Bureau voor de Statistiek (1990), *Enquête Beroepsbevolking 1989*, Voorburg: CBS.

Centraal Bureau voor de Statistiek (1991), *Enquête Beroepsbevolking 1990*, Voorburg: CBS.

Centraal Bureau voor de Statistiek (1992), *Enquête Beroepsbevolking 1991*, Voorburg: CBS.

Centraal Bureau voor de Statistiek (1993), *Enquête Beroepsbevolking 1992*, Voorburg: CBS.

- Centraal Bureau voor de Statistiek (1994), *Enquête Beroepsbevolking 1993*, Voorburg: CBS.
- Centraal Bureau voor de Statistiek (1995), *Enquête Beroepsbevolking 1994*, Voorburg: CBS.
- Centraal Bureau voor de Statistiek (1996), *Enquête Beroepsbevolking 1995*, Voorburg: CBS.
- Centraal Bureau voor de Statistiek (1997), *Enquête Beroepsbevolking 1996*, Voorburg: CBS.
- Centraal Bureau voor de Statistiek (1998), *Enquête Beroepsbevolking 1997*, Voorburg: CBS.
- Centraal Bureau voor de Statistiek (1999), *Enquête Beroepsbevolking 1998*, Voorburg: CBS.
- Centraal Bureau voor de Statistiek (2010, 25 juni), *Rechtsbescherming en veiligheid; historie (1900-2009)* [Dataset]. Geraadpleegd via opendata.cbs.nl/statline/#/CBS/nl/dataset/37538/table?ts=1563952913323 op 24 juli 2019.
- Centraal Bureau voor de Statistiek (2018, 4 september), *Leerlingen, deelnemers en studenten; onderwijssoort, vanaf 1900* [Dataset]. Geraadpleegd via opendata.cbs.nl/statline/#/CBS/nl/dataset/37220/table?ts=1558880688039 op 17 juli 2019.
- Centraal Bureau voor de Statistiek (2019a, 31 januari), *Vertrouwen in mensen, recht en politiek; Europese vergelijking* [Dataset]. Geraadpleegd via opendata.cbs.nl/statline/#/CBS/nl/dataset/80518ned/table?ts=1560415156484 op 17 juli 2019.
- Centraal Bureau voor de Statistiek (2019b, 14 februari), *Arbeidsdeelname, vanaf 1969* [Dataset]. Geraadpleegd via opendata.cbs.nl/statline/#/CBS/nl/dataset/83752NED/table?ts=1559119452730 op 24 juli 2019.
- Centraal Bureau voor de Statistiek (2019c, 14 mei), *Werkzame beroepsbevolking; beroep* [Dataset]. Geraadpleegd via opendata.cbs.nl/statline/#/CBS/nl/dataset/82808NED/line?ts=1558877522361 op 24 juli 2019.
- Dienst Uitvoering Onderwijs (2019, 5 februari), *05. Gediplomeerden wo 2018* [Dataset]. Geraadpleegd via www.duo.nl/open_onderwijsdata/databestanden/ho/ingeschreven/wo-ingeschr/ingeschrevenen-wo5.jsp op 17 juli 2019.
- ESS Round 8: European Social Survey Round 8 Data (2016). Data file edition 2.1. NSD – Norwegian Centre for Research Data, Norway – Data Archive and distributor of ESS data for ESS ERIC. doi:10.21338/NSD-ESS8-2016.
- Eurobarometer (1997). *Standard Eurobarometer 47*. Brussels: European Commission.
- Eurobarometer (1999). *Standard Eurobarometer 51*. Brussels: European Commission.
- Eurobarometer (2001). *Standard Eurobarometer 55*. Brussels: European Commission.
- Eurobarometer (2002). *Standard Eurobarometer 57*. Brussels: European Commission.

- Eurobarometer (2003). *Standard Eurobarometer 59*. Brussels: European Commission.
- Eurobarometer (2004). *Standard Eurobarometer 61*. Brussels: European Commission.
- Eurobarometer (2005). *Standard Eurobarometer 64*. Brussels: European Commission.
- Eurobarometer (2006). *Standard Eurobarometer 66*. Brussels: European Commission.
- Eurobarometer (2007). *Standard Eurobarometer 68*. Brussels: European Commission.
- Eurobarometer (2008). *Standard Eurobarometer 70*. Brussels: European Commission.
- Eurobarometer (2010). *Standard Eurobarometer 72*. Brussels: European Commission.
- Eurobarometer (2011). *Standard Eurobarometer 74*. Brussels: European Commission.
- Eurobarometer (2014). *Standard Eurobarometer 82*. Brussels: European Commission.
- Eurobarometer (2015). *Standard Eurobarometer 83*. Brussels: European Commission.
- Eurobarometer (2016). *Standard Eurobarometer 86*. Brussels: European Commission.
- Eurobarometer (2017). *Standard Eurobarometer 88*. Brussels: European Commission.
- Eurobarometer (2018). *Standard Eurobarometer 90*. Brussels: European Commission.

Het gezag van de jurist door de lens van veranderingen in het hoger onderwijs

*Job Buiting**

Inhoud

3.1	Inleiding	65
3.2	Veranderingen in het hoger onderwijs van 1815 tot nu	66
3.2.1	<i>Hoger onderwijs in de 19e eeuw</i>	66
3.2.2	<i>Het veranderende hoger onderwijs tot de jaren 60</i>	67
3.2.3	<i>Groei van het hoger onderwijs in de jaren 60 en 90</i>	68
3.2.4	<i>Tussenconclusie</i>	69
3.3	Het gezag van de jurist	70
3.4	Conclusie	71

* Job Buiting is als wetgevingsjurist werkzaam bij het ministerie van Onderwijs, Cultuur en Wetenschap en is als buitenpromovendus verbonden aan de Universiteit Tilburg waar hij onderzoek doet naar de autonomie van de leraar bij het nemen van examenbeslissingen. Deze bijdrage is op persoonlijke titel geschreven.

3 | Het gezag van de jurist door de lens van veranderingen in het hoger onderwijs¹

Job Buiting

3.1 Inleiding

Uit het preadvies van Bovens blijkt dat juristen tot de jaren zestig nog alom aanwezig waren op belangrijke functies in onder andere het openbaar bestuur. Een groot deel van de ministers was tot die tijd bijvoorbeeld jurist. Na de jaren zestig nam de dominante positie van de juristen in deze functies af. Bovens schrijft dat de afname van het aantal juristen in deze functies te wijten is aan veranderingen in het hoger onderwijs. In de 20e eeuw was namelijk 40% van de afgestudeerden in het hoger onderwijs jurist, momenteel is dit slechts 11%. Deze verandering in het hoger onderwijs heeft ertoe geleid dat steeds minder juristen werkzaam zijn op belangrijke functies. In deze bijdrage wordt uiteengezet hoe het hoger onderwijs zich heeft ontwikkeld in de laatste tweehonderd jaar en welke invloed deze ontwikkeling heeft gehad op de vermindering van het aantal juristen op belangrijke functies.

Nadat uiteengezet is hoe de positie van de jurist is veranderd, wordt beschreven wat deze verandering betekent voor het gezag van de jurist. Aan de hand van de wetgevingspraktijk wordt geïllustreerd dat de jurist zijn gezag ontleent aan zijn vermogen om met behulp van andere experts complexe maatschappelijke problemen op te lossen. De taak van de jurist om te waken over de rechtsstaat is van ondergeschikt belang voor het gezag van de jurist.

¹ Deze bijdrage is op 31 januari 2019 in gewijzigde vorm uitgesproken op de Expertmeeting over de preadviezen over 'De jurist van de toekomst, de toekomst van de jurist' van de Nederlandse Juristen-Vereeniging als reactie op het preadviezen van Elaine Mak en Mark Bovens.

3.2 Veranderingen in het hoger onderwijs van 1815 tot nu

3.2.1 *Hoger onderwijs in de 19e eeuw*

De eerste regeling voor het hoger onderwijs in Nederland werd in 1815 bij koninklijk besluit (hierna: het KB) vastgesteld door koning Willem I.² De hoofdlijnen uit het KB zijn de gehele 19^e eeuw van toepassing geweest op het hoger onderwijs. Het hoger onderwijs werd destijds gegeven op drie universiteiten, die toen nog ‘hooge scholen’ genoemd werden.³ Van bijzondere universiteiten, technische universiteiten of hogescholen zoals we die nu kennen was nog geen sprake. De drie universiteiten waren gevestigd in Leiden, Utrecht en Groningen en waren allen Rijksuniversiteiten. De wetgever oefende via het KB grotere invloed uit op de universiteiten dan de wetgever nu doet. In het KB was onder andere bepaald dat de Rijksuniversiteiten allen dezelfde vijf faculteiten hadden, namelijk een faculteit van:

- godgeleerdheid;
- regtsgeleerdheid;
- geneeskunde;
- wis- en natuurkundige wetenschappen; en
- bespiegelende wijsbegeerte en letteren.⁴

Ook was in het KB van 1815 bepaald in welke vakken de student (in ieder geval) onderwezen moest worden.⁵ Op de rechtenfaculteit werd de student onderwezen in de instituten, de pandecten⁶, het natuurrecht, het staats- & volkerenrecht, het hedendaagsch burgerrecht en het hedendaagsch lijfstraffelijk recht.⁷ Tevens was in het KB bepaald op welke doctoraten de student kon afstuderen en aan welk examen hij dan onderworpen moest worden.⁸ Van verschillende specialisaties waarin de student kon afstuderen was binnen de verschillende faculteiten nauwelijks sprake. Binnen elke faculteit kon de student enkel op één of twee verschillende doctoraten afstuderen. Aan de rechtenfaculteit studeerde men in beginsel⁹ af met de graad Doctoratus Juris Romani et hodie-

2 KB van 2 augustus 1815, no. 14, hierna het KB (gepubliceerd als bijvoegsel tot de Nederlandsche Staats-Courant van 12 oktober 1815, nrs. 242 & 243).

3 Artikel 54 van het KB.

4 Artikel 57 van het KB.

5 Artikel 63 van het KB.

6 De pandecten (afgekondigd in 533 n. Chr.) maken deel uit van de wetten van de keizer Iustinianus en bevatten teksten van Gaius, Papinianus, Paulus, Ulpianus en Modestinus.

7 Tevens moesten aan de universiteit Leiden de volgende vakken onderwezen worden; de staatskundige historie van Europa, statistiek en diplomatiek (zie artikel 62, tweede lid, onderdelen g tot en met i van het KB).

8 Zie artikel 83 tot en met 100 van het KB.

9 Men kon middels een klein schriftelijk examen ook afstuderen op de graad *doctor juris*, aan deze graad was geen civiel effect verbonden (artikel 85 van het KB).

ni ofwel doctor in de beide Regten.¹⁰ Met de beide Regten werden het Romeins en het hedendaagse recht bedoeld.

Met drie universiteiten, elk bestaande uit dezelfde vijf faculteiten, met één of twee afstudeerrichtingen per faculteit, kon het hoger onderwijs in de 19^e eeuw getypeerd worden als klein en niet divers. Het hoger onderwijs was daarnaast niet toegankelijk. Tot 1876 werd het onderwijs in beginsel nog in het Latijn gegeven.¹¹ Daarnaast was studeren duur en was geld schaars.¹² Studiebeurzen bestonden al wel, maar studeren was toch vooral voorbehouden aan de rijken.

Het kleine, niet diverse en ontoegankelijke hoger onderwijs van de 19^e eeuw, lijkt voor de jurist een ideaal uitgangspunt te zijn geweest om een stevige positie in de samenleving te verwerven. Een opleiding in de Rechtsgeleerdheid was namelijk de enige opleiding die enigszins aansloot op een carrière in het openbaar bestuur. Van theologen, artsen en filosofen had de jurist op deze functies weinig te vrezen. De jurist had in de 19^e eeuw dan ook een comfortabele positie in het hoger onderwijs en in de samenleving.

3.2.2 *Het veranderende hoger onderwijs tot de jaren 60*

Begin 1900 begon het hoger onderwijs langzaam te veranderen. Er ontstonden nieuwe universiteiten en nieuwe afstudeerrichtingen en specialisaties. In 1914 was het aantal afstudeerrichtingen al verdubbeld ten opzichte van 1815. De student kon verspreid over de vijf faculteiten in vervolg kiezen uit 18 verschillende afstudeerrichtingen.¹³ De nieuwe afstudeerrichtingen ontstonden vooral binnen de faculteiten der wis- en natuurkunde en letteren en bleven in rap tempo toenemen. In de rechtenfaculteit veranderde in de tussentijd weinig. Vanaf 1876 konden studenten aan de rechtenfaculteit afstuderen op een doctoraat in de rechtswetenschap of in de staatswetenschap¹⁴, later kwam hier nog het doctoraat in het hedendaagsch Romeinsch-Hollandsch recht bij.¹⁵

Het hoger onderwijs heeft – vanuit het perspectief van de hoger onderwijswetgeving – door de Tweede Wereldoorlog vanaf de jaren 40 tot de jaren 60 grotendeels stilgestaan. Ook de positie van de rechtenfaculteit in het hoger onderwijs lijkt hierdoor niet te zijn veranderd tot de jaren 60. Ondanks de toenemende nieuwe specialisaties in de jaren 20, lijkt tot de jaren 60 de sterke positie van de jurist in de samenleving niet bedreigd te zijn geweest. De ont-

10 Artikel 85 van het KB.

11 Artikel 66 van het KB.

12 R. Slaman e.a., *Kansen in het koninkrijk*, Amsterdam: Boom 2015, p. 16-18.

13 Artikel 130 van de Hoger onderwijswet 1876 (*Stb.* 1876, 102).

14 Artikel 83 van de Hoger onderwijswet 1876 (*Stb.* 1876, 102).

15 Artikel 130 van de Hoger onderwijswet 1876 (*Stb.* 1905, 181).

wikkeling van nieuwe wetenschappen speelde zich vooral af aan de wis- en natuurkunde- en de letterenfakulteit. De jurist had ten aanzien van functies in het openbaar bestuur dan ook nog steeds weinig concurrentie.

3.2.3 *Groei van het hoger onderwijs in de jaren 60 en 90*

In jaren 60 werd de Hoger onderwijswet uit 1876 vervangen door de Wet op het wetenschappelijk onderwijs.¹⁶ Het hoger onderwijs zag er inmiddels heel anders uit. In de jaren 60 waren er 11 universiteiten¹⁷, waaronder bijzondere universiteiten en technische universiteiten. Deze universiteiten hoefden niet langer dezelfde vijf faculteiten te hebben.¹⁸ Door het ontstaan van technische universiteiten had zelfs niet langer elke universiteit een rechtenfaculteit. Er ontstond tevens ruimte voor nieuwe faculteiten, zoals de faculteiten voor economische en sociale wetenschappen.

De groei van het aantal afstudeerrichtingen en specialisaties die in het begin van de 20^{ste} eeuw was ingezet, explodeerde in de jaren 60. Binnen de verschillende universiteiten ontstonden begin jaren 60 meer dan 50 verschillende afstudeerrichtingen.¹⁹ Binnen de rechtenfaculteit leek wederom weinig te zijn veranderd. In de jaren 60 kende de rechtenfaculteit drie afstudeerrichtingen, namelijk Nederlands recht, Zuid-Afrikaans recht en notarieel recht.²⁰ De groei van het aantal afstudeerrichtingen en specialisaties, die wel zichtbaar was in de rest van het hoger onderwijs, was niet zichtbaar in de rechtenfaculteit.

Onder de Wet op het wetenschappelijk onderwijs werd de groei van het aantal afstudeerrichtingen en specialisaties nog enigszins begrensd doordat afstudeerrichtingen in beginsel in een algemene maatregel van bestuur opgenomen moesten worden.²¹ Onder invloed van de idee dat het hoger onderwijs beter zou gedijen als de universiteiten meer autonomie zouden hebben, mochten universiteiten van 1992 onder voorwaarden zelf gaan bepalen welke opleidingen zij zouden gaan aanbieden.²² Het hoger onderwijs maakte daarnaast in 1986 nog een grote verandering door met de introductie van de hogescholen

16 *Stb.* 1960, 559.

17 De universiteiten in Tilburg, Rotterdam, Delft, Eindhoven en Wageningen werden in eerste instantie aangeduid als hogescholen, dit veranderde in 1986 toen de huidige hogescholen als zodanig door de wetgever werden aangemerkt (zie artikel 15, eerste lid, van de Wet op het wetenschappelijk onderwijs in *Stb.* 1960, 559 en artikel 8, onder b, van de Wet op het wetenschappelijk onderwijs in *Stb.* 1986, 414).

18 Artikel 17 van de Wet op het wetenschappelijk onderwijs.

19 Zie artikel 15 tot en met 170 van het Academisch statuut (KB van 11 september 1963, *Stb.* 1963, 380).

20 Artikel 17 tot en met 24 van het Academisch statuut (KB van 11 september 1963, *Stb.* 1963, 380).

21 Artikel 18, tweede lid, van de Wet op het wetenschappelijk onderwijs.

22 *Kamerstukken II* 1988/89, 21 073, 3, p. 26-27.

in het hoger onderwijs.²³ De hogescholen vallen sinds de inwerkingtreding van de Wet op het hoger onderwijs en wetenschappelijk onderzoek in 1992 onder (grofweg) hetzelfde wettelijk regime als de universiteiten.²⁴

Deze toenemende autonomie van de universiteiten en de opkomst van de hogescholen heeft geleid tot een nog meer divers hoger onderwijs. Inmiddels zijn er alleen al op de universiteiten 407 verschillende bacheloropleidingen en 733 masteropleidingen, waaronder 21 juridische bacheloropleidingen en 70 juridische masteropleidingen.²⁵

3.2.4 *Tussenconclusie*

Uit de geschiedenis van het hoger onderwijs blijkt dat de jurist tot de jaren 60 een comfortabele positie had in het hoger onderwijs en ook in de samenleving. Belangrijke functies in de samenleving zoals ministersposten werden vaak vervuld door juristen. De jurist lijkt voornamelijk op deze functies terecht te zijn gekomen omdat er weinig concurrentie was. Er waren simpelweg geen andere opleidingen die een geschikte basis boden voor het vervullen van functies in het openbaar bestuur. Een bestuurder was daardoor de facto vaak jurist. Niet omdat juristen per se goede bestuurders waren, maar omdat juristen de enigen waren die enigszins wisten hoe het openbaar bestuur werkte.

Sinds de jaren 60 is het hoger onderwijs gegroeid en steeds meer divers geworden, terwijl binnen de rechtenfaculteit weinig veranderd lijkt te zijn. De jurist is tegenwoordig niet langer de enige die iets weet van het openbaar bestuur. Hij begeeft zich in een wereld waar ook andere experts zoals sociologen, bestuurskundige en politicologen zich mengen in het openbaar bestuur. Experts die beter dan juristen in hun opleiding worden voorbereid op een functie in het openbaar bestuur.

23 De hogescholen waren tot 1986 geregeld in de Wet op het voortgezet onderwijs. Met de inwerkingtreding van de Wet op het hoger beroepsonderwijs kregen de hogescholen een eigenstandige positie in het hoger onderwijs (*Kamerstukken II* 1980/81, 16 803, nrs. 3-4, p. 2.). Het hoger beroepsonderwijs had tot doel om de student theoretisch en praktisch voor te bereiden tot het uitoefenen van beroepen waarvoor een hogere beroepsopleiding vereist is of dienstig kan zijn. Zie hierover artikel 2 van de Wet op het hoger beroepsonderwijs (*Stb.* 1986, 289).

24 *Stb.* 1992, 593.

25 Het opleidingsaanbod van de universiteiten is raadpleegbaar op de website van de VSNU: www.vsnul.nl/f_c_opleidingaanbod.html, geraadpleegd op 23 februari 2020.

3.3 Het gezag van de jurist

Het is de vraag wat de opkomst van andere expertises en de minder dominante positie van de jurist in de samenleving betekent voor het gezag van de jurist. Betekent de komst van andere expertises dat de jurist een stap terug moet doen en enkel de rechtstatelijke waarden moet gaan bewaken en uitdragen? Is het aan de jurist om louter juridisch zandingswerk te gaan doen en anderen juridisch te gaan opvoeden? Ik pleit voor het tegenovergestelde. De jurist moet niet gaan zenden naar anderen met andere expertises, maar moet juist iets gaan ophalen. Het is aan de jurist om te leren van anderen met andere expertises. Het heeft namelijk geen zin om alleen met een juridische blik naar de wereld te kijken. Een goede juridische oplossing voor een probleem is immers niet nuttig als de burger in kwestie er niet mee geholpen is, de overheid het niet kan uitvoeren en de staatskas het niet kan financieren. Om tot goede juridische oplossingen voor de samenleving te komen in beleid, wetgeving en geschilbeslechting heeft de jurist sociologen, psychologen, bestuurskundigen en IT'ers keihard nodig

Aan de hand van de wetgevingspraktijk kan geïllustreerd worden hoe tal van expertises bijdragen aan een goede (juridische) oplossing. De jurist leert in zijn opleiding hoe wetgeving gemaakt wordt. Aan de hand van een gedegen juridisch afweging wordt een wetsvoorstel ontworpen. Over dit wetsvoorstel wordt advies gevraagd aan de Raad van State, vervolgens wordt het voorstel behandeld in de Tweede en Eerste Kamer en ten slotte treedt na publicatie de nieuwe wet in werking. Wetgeving lijkt voornamelijk een juridische aangelegenheid te zijn. Dit is gelukkig niet het geval. Achter het wetsvoorstel gaat nog een hele wereld schuil, waarin allerlei expertises een rol spelen.

De aanleiding voor een wetsvoorstel is doorgaans een bepaald beleidsidee. Wanneer een wetsvoorstel het onderwijs betreft, zal het beleidsidee idealiter van een onderwijskundige komen. Het is immers niet aan de jurist om zich te mengen in het onderwijs. Nadat het beleidsidee is omgevormd tot een meer concreet wetsvoorstel, worden de gevolgen van het wetsvoorstel in kaart gebracht. Hiertoe zijn tal van toetsen ontwikkeld.²⁶ Sinds 2017 dient bijvoorbeeld de doenvermogenstoets uitgevoerd te worden op elk wetsvoorstel.²⁷ Met

26 Bijvoorbeeld de regeldruktoets, bedrijfseffectentoets, milieueffectentoets en de Privacy Impact Assessment. Zie voor een compleet overzicht van de verplichte kwaliteitseisen voor wetgeving: www.kcwj.nl/kennisbank/integraal-afwegingskader-beleid-en-regelgeving/verplichte-kwaliteitseisen, geraadpleegd op 23 februari 2020.

27 De doenvermogenstoets komt voort uit het rapport *Weten is nog geen doen; Een realistisch perspectief op redzaamheid* van de WRR. Voor meer informatie over de doenvermogenstoets zie: www.kcwj.nl/kennisbank/integraal-afwegingskader-beleid-en-regelgeving/verplichte-kwaliteitseisen/doenvermogen, geraadpleegd op 23 februari 2020.

deze toets wordt onderzocht of het ‘doenlijk’ is voor de burger om te handelen naar de nieuwe regelgeving. Hierbij wordt niet uitgegaan van de juridische figuur van de ‘maatman’, maar juist van de burger die door omstandigheden minder goed met nieuwe regelgeving om kan gaan dan verwacht mag worden. Nadat de gevolgen van een wetsvoorstel in kaart zijn gebracht, wordt de financiële haalbaarheid en de uitvoerbaarheid van het wetsvoorstel onderzocht. Hierbij wordt bijvoorbeeld bekeken of het beleidsidee geautomatiseerd kan worden en welke IT-systemen hiertoe aangepast dienen te worden. De IT’er speelt bij sommige wetsvoorstellen dan ook een cruciale rol. Ten slotte wordt het wetsvoorstel voorgelegd ter internetconsultatie, zodat ook burgers en belanghebbenden hun zegje kunnen doen.

In het wetgevingsproces waarin tal van expertises en gezichtspunten betrokken moeten worden, is het de rol van de jurist om al deze inzichten samen te brengen in een coherent wetsvoorstel. Hij schrijft immers het wetsvoorstel en brengt daarmee het beleidsidee, de financiële gevolgen, de uitgangspunten voor de uitvoering en de gezichtspunten van de burger samen in een goede juridische oplossing. De jurist heeft namelijk het overzicht over het gehele wetsvoorstel. Dit is tevens een uitdaging. De juridische vraagstukken kunnen immers ondergesneeuwd raken.

Dit voorbeeld uit de wetgevingspraktijk gaat vermoedelijk ook op voor andere juridische functies. De jurist is immers vaak het sluitstuk. Hij spreekt recht, stelt contracten op en maakt wetgeving. De jurist moet vaak de knoop doorhakken. Het is daarom aan de jurist om verschillende inzichten en expertises samen te brengen tot een maatschappelijk relevante oplossing.

3.4 Conclusie

De tijd dat de juridische opleiding de enige opleiding voor een functie in het openbaar bestuur was is voorbij, en dat is maar goed ook. De jurist kan namelijk komen tot betere juridische oplossingen met de hulp van collega’s met andere expertises. De jurist moet zich daarom niet terugtrekken en enkel gaan waken over de rechtsstaat. Hij moet juist over zijn grenzen heen kijken en samen met collega’s van andere expertises komen tot betere oplossingen voor de maatschappij. Zijn gezag ontleent de jurist aan dit vermogen om complexe problemen op te lossen en daarbij ook andere inzichten te betrekken dan enkel het juridische.

Juridische beroepsethiek

Over macht en moraal, soft law en soft skills, T-vormige juristen en kansen-rechters

*Anne Ruth Mackor**

Inhoud

4.1	Inleiding	75
4.2	Ethisch reveil of machtsstrijd?	77
4.2.1	<i>Professionalisme, bureaucratie en consumentisme</i>	77
4.2.2	<i>Gedragscodes en kernwaarden als wapens in een machtsstrijd</i>	79
4.2.3	<i>Conclusie: macht of moraal?</i>	81
4.3	<i>Soft law en beroepsethiek of soft skills en sociaalpsychologische kennis</i>	82
4.3.1	<i>Risicofactoren in de (rechts)wetenschap</i>	83
4.3.2	<i>Wangedrag in de wetenschap</i>	85
4.3.3	<i>Sociaalpsychologische theorieën als praktische handvatten</i>	86
4.3.3.1	Vier componenten theorie	87
4.3.3.2	Omstandereffect	88
4.3.3.3	Mechanismen van morele onthechting	89
4.3.3.4	Giftige driehoek	91
4.3.4	<i>Ten slotte</i>	92
4.4	Deskundigheid als kern-kernwaarde	93
4.4.1	<i>De T-vormige jurist: oude wijn in nieuwe zakken?</i>	93
4.4.2	<i>Risicosamenleving</i>	95
4.4.3	<i>Kansen-rechtspraak</i>	97

* Ik bedank Rien den Boer, Valentina Caria, Charlotte Grezel, Hylke Jellema, Paulien Kremer-Bergsma, Ronald Meester, Henry Prakken en Pauline Westerman voor hun constructieve commentaar op (onderdelen van) een eerdere versie van dit preadvies.

4.4.4	<i>Deskundigencolleges</i>	98
4.4.5	<i>'Juridisch-rechters' en 'kansen-rechters'</i>	99
4.4.6	<i>Openbreken van het juridische monopolie</i>	101
4.4.7	<i>Paard van Troje?</i>	102
4.5	Conclusie	103

Juridische beroepsethiek

Over macht en moraal, *soft law* en *soft skills*, T-vormige juristen en kansen-rechters¹

Anne Ruth Mackor

4.1 Inleiding

De NJV viert dit jaar haar 150-jarige bestaan. In mijn preadvies zal ik me echter beperken tot een beschouwing over enkele ontwikkelingen sinds de jaren 80 van de vorige eeuw. Aan het begin van de jaren 80 van de vorige eeuw verzorgde toenmalig hoogleraar Hans Franken in Leiden het eerstejaars vak Encyclopedie van de rechtswetenschap. In zijn boeiende hoorcolleges stelde hij de relatie tussen recht en rechtvaardigheid aan de orde alsmede de daarmee samenhangende vraag of een juridische plicht om het recht te gehoorzamen ook een morele plicht impliceert. Kort na de Tweede Wereldoorlog hebben onder andere Gustav Radbruch en Herbert Hart de vraag naar de rechtvaardigheid van het recht en eenieders morele plichten in indringende analyses aan de orde gesteld. Dat is echter een veel bredere vraag dan die naar de morele verplichtingen van juridische professionals. Deze laatste vraag bleef in de jaren 80 nagenoeg onbesproken.

Niet alleen in het universitaire onderwijs, ook in de rechtswetenschappelijke en rechtsfilosofische literatuur kreeg juridische beroepsethiek tot het eind van de vorige eeuw weinig aandacht. Datzelfde geldt voor integriteit. Begin jaren 80 van de vorige eeuw werd die term nog niet gebruikt. Sinds de jaren 90 is hij echter niet meer weg te denken, al valt de laatste tijd enige integriteits-moeheid te bespeuren. De lezing *Om de integriteit van het openbaar bestuur* die toenmalig minister van Binnenlandse Zaken Ien Dales in 1992 hield, wordt wel gezien als het startschot van een hausse aan maatregelen en onderzoek. Eerst ging het daarbij vooral om het openbaar bestuur, later legden ook juridische professies zichzelf langs de meetlat van de integriteit. In het begin van het nieuwe millennium leidde de aandacht voor integriteit onder andere tot

1 Op verzoek van het NJV-bestuur heb ik dit preadvies geschreven zonder voetnoten en literatuurverwijzingen in de tekst. Aan het eind van de tekst is een literatuurlijst opgenomen.

gedragcodes voor overheidsorganisaties en voor juridische professies. De meeste codes hebben met elkaar gemeen dat kernwaarden centraal staan en dat integriteit als moeder aller kernwaarden wordt gezien.

De beleidsaandacht voor integriteit heeft geleid tot iets meer belangstelling voor beroepsethiek, zowel in postacademisch onderwijs, bijvoorbeeld bij de SSR, maar ook in de universitaire juridische opleidingen. Verschillende faculteiten hebben leerstoelen op het terrein van de professie-ethiek gecreëerd of uitgebreid; mijn eigen leerstoel is daar een voorbeeld van. Aan universiteiten, ook aan rechtenfaculteiten, lijkt de meeste aandacht in onderwijs en onderzoek uit te gaan naar wetenschapsethiek. Tot voor kort bestond die aan rechtenfaculteiten uit weinig meer dan de waarschuwing dat plagiaat ten strengste verboden is, maar met name sinds 2018 is er meer aandacht voor (rechts)wetenschappelijke integriteit. Dit heeft onder andere te maken met de nieuwe Nederlandse Gedragcode Wetenschappelijke Integriteit, die zorgplichten aan universiteiten oplegt, en de inwerkingtreding van de AVG, die hoge eisen stelt aan datamanagement.

Mijn preadvies bestaat uit drie delen. Eerst zal ik de toegenomen aandacht voor professie-ethiek in het algemeen en de juridische beroepsethiek in het bijzonder onder de loep nemen. Daarbij zal ik mogelijke verklaringen aandragen voor de opkomst van gedragscodes met kernwaarden. Ik eindig het eerste deel met de tamelijk cynische conclusie dat gedragscodes en kernwaarden een grotere rol lijken te spelen in de strijd om autonomie en monopolie dan bij het doordenken van morele dilemma's of het voorkomen en bestrijden van integriteitsproblemen.

In het tweede deel formuleer ik een meer constructief maar tentatief antwoord op de vraag welke omstandigheden tot integriteitsproblemen kunnen leiden en hoe deze problemen kunnen worden gesignaleerd en aangepakt. Ik baseer mijn antwoord op deze vraag mede op mijn ervaringen als hoogleraar professie-ethiek en als voorzitter van de Commissie Wetenschapsbeoordeling en Ethiek van de Faculteit Rechtsgeleerdheid van de Rijksuniversiteit Groningen.

In het derde deel zal ik ingaan op de kernwaarde van deskundigheid. Anders dan bijvoorbeeld integriteit, onafhankelijkheid en (on)partijdigheid, wordt deskundigheid wel gezien als noodzakelijke voorwaarde voor een goede beroepsuitoefening, maar in zichzelf lijkt zij niet tot diepgaande ethische reflectie aanleiding te geven. Ik zal betogen dat er aanleiding is om juist deskundigheid aan een kritisch onderzoek te onderwerpen. Dit onderzoek brengt mij terug bij het thema van het eerste deel: de autonomie en de monopoliepositie

van juridische professies. Ik eindig mijn preadvies met de conclusie dat er goede redenen zijn de monopoliepositie van juristen in de rechtspraak open te breken.

4.2 Ethisch reveil of machtsstrijd?

4.2.1 *Professionalisme, bureaucratie en consumentisme*

In *Professionalism, the Third Logic* vergelijkt Elliot Freidson verschillende manieren waarop werk georganiseerd kan worden. Hij onderscheidt drie organisatievormen die hij consumentisme, bureaucratie en professionalisme noemt. Professionalisme is een organisatievorm waarin arbeidskrachten met gespecialiseerde kennis en vaardigheden die maatschappelijk wezenlijke diensten verlenen, hun eigen werk kunnen organiseren en daarop zelf toezicht houden zonder inmenging van managers (bureaucratie) of marktwerking (consumentisme).

Als we vanuit Freidsons perspectief naar professies kijken, dan krijgen we een ander beeld van de toegenomen aandacht voor professie-ethiek, de opkomst van gedragscodes en de nadruk op kernwaarden dan bijvoorbeeld Ien Dales' eerdergenoemde toespraak over de integriteit van het openbaar bestuur suggereert. De verklaring lijkt dan niet, althans niet primair, te moeten worden gezocht in een toename van problemen of schandalen of in het ontstaan van nieuwe soorten morele dilemma's die doordacht moeten worden. De verklaring lijkt eerder te liggen bij de machtsstrijd die is ontstaan door afgedwongen veranderingen in de organisatie van professionals die hun autonomie en de kwaliteit van hun werk zouden bedreigen. Ik zal de drie organisatievormen van Freidson bespreken en ga daarbij in op twee veranderingen die lijken te hebben bijgedragen aan het ontstaan van deze machtsstrijd. De eerste verandering is de democratisering en de daarmee samenhangende toegenomen mondigheid van burgers; de tweede verandering is de opkomst van New Public Management (NPM).

Algemeen wordt wel gesteld dat professionals in de democratiseringsgolf van na de Tweede Wereldoorlog van hun voetstuk zijn gestoten. Autoriteit van en vertrouwen in professionals zijn niet langer vanzelfsprekend; zij moeten zowel verdiend als gecontroleerd worden. Eind jaren 70 heeft Ivan Illich in zijn klassieker *Disabling Professions* de voorspelling gedaan en tegelijk ook de hoop uitgesproken dat cliënten zich van een mede door professionals gecreëerde sociale structuur van rechten en plichten zouden afkeren en voor 'post-professionele vrijheid' zouden kiezen. Deze voorspelling is echter niet uitge-

komen. Integendeel, burgers en cliënten hebben met name vanaf de jaren 80 en 90 van de vorige eeuw niet zozeer afweer- of vrijheidsrechten als wel 'claim'-rechten gekregen. Zo zijn belangen van burgers jegens de overheid wettelijk verankerd in de Algemene wet bestuursrecht en belangen van cliënten zijn juridisch verankerd als cliëntenrechten. Meer recent is ook het klacht-recht geprofessionaliseerd en gejuridificeerd. Zo kennen de gerechten sinds 2005 een klachtenregeling en klachtenfunctionarissen. Onder invloed van NPM zet de overheid deze cliënt- en klachtrechten echter ook in ten behoeve van een andere functie dan hun oorspronkelijke waarborgfunctie, namelijk om de greep op professionals te versterken. Niet alleen cliënten, ook professionals worden nu – in de terminologie van Michel Foucault – door de nieuwe sociale en juridische structuur gedisciplineerd en genormaliseerd.

Zodoende zijn niet Freidsons professionalisme, maar bureaucratie en consumptisme de belangrijkste organisatievormen geworden. Het bureaucratiemodel is, paradoxaal genoeg, mede als gevolg van de invoering van NPM dominant geworden. Paradoxaal, omdat NPM juist als doel had bureaucratie te bestrijden. NPM deed begin jaren 80 van de vorige eeuw zijn intrede in Amerika en is aan het eind van diezelfde jaren 80 overgewaaid naar Europa. De centrale stelling van NPM is dat de overheid zich in de loop der jaren te veel met de uitvoering van het in de verzorgingsstaat immer uitdijende pakket aan publieke taken is gaan bemoeien. Daardoor is, aldus aanhangers van NPM, een log en inefficiënt bureaucratisch overheidsapparaat ontstaan dat innovatie en privé-initiatieven bemoeilijkt. De centrale stelling van NPM luidt dat de overheid zich als bedrijf moet opstellen en alleen op hoofdlijnen moet sturen. David Osborne en Ted Gaebler, die begin jaren 90 met hun *Reinventing Government* 'de bijbel' van NPM schreven, betogen dat de overheid moet volstaan met het formuleren van algemeen beleid en de uitwerking daarvan aan het 'maatschappelijk middenveld' moet overlaten. Volgens NPM moet minder met specifieke gedragsregels en meer met algemeen en open geformuleerde missies, visies en doelen gewerkt worden. De overheid moet in kaderwetgeving een beperkt aantal zorgplichten formuleren. De taken van dienstverlenende organisaties en professionals zijn te complex en de uitvoering van hun taken is te onvoorspelbaar en te veranderlijk om in gedetailleerde gedragsregels te vangen. De nieuwe manier van reguleren heeft er echter niet toe geleid dat de bureaucratie is verminderd. Integendeel, de overheid heeft de bureaucratie hooguit verplaatst. Het formuleren van specifieke regels en richtlijnen en het organiseren van toezicht wordt niet volledig aan professies zelf overgelaten, maar aan het maatschappelijk middenveld waartoe onder andere ook cliëntenorganisaties behoren. Zo creëert NPM een nieuwe bureaucratie van regelgeving, toezicht en verantwoording en beperkt tegelijk de autonomie van professies.

Ik stelde eerder dat de democratiseringsgolf geleid heeft tot een versterking van de rechtspositie van burgers en cliënten. Freidsons consumentisme sluit bij deze ontwikkeling aan. Het ziet onder andere op de verandering van aanbod- naar vraaggerichte dienstverlening. Consumentisme is onderdeel van NPM omdat het, wederom naar analogie met het bedrijfsleven, burgers als klant van de overheid ziet en cliënten als klant van professionals. Zowel overheidsorganisaties als professionals moeten vraaggericht en vraaggestuurd werken en zij moeten concurreren om de gunsten van de consument. In het verlengde daarvan moet de overheid competitie en concurrentie in dienstverlening invoeren en marktwerking introduceren. De gedachte was dat concurrentie om de gunst van de consument zowel tot betere kwaliteit als tot grotere efficiëntie zou leiden. De eerdergenoemde cliëntenrechten en klachtenregelingen spelen een rol bij de verhoging van de kwaliteit en de efficiëntie en de inperking van de autonomie van professionals. De versterking van de positie van burgers en cliënten leidt echter niet altijd tot kwaliteitsverbetering en efficiëntie. Zij kan ook leiden tot defensieve dienstverlening waarin niet kwaliteit, maar indekken tegen mogelijke schadeclaims centraal staat.

De invoering van NPM heeft tot soms felle protesten geleid. In de zorg richtten die zich bijvoorbeeld tegen de invoering van diagnose-behandel-combinaties en in het notariaat tegen de invoering van meer marktwerking. Het is misschien nog veelzeggender dat zelfs in de rechtspraak een opstand is uitgebroken die – anders dan in het notariaat – nog niet geluwd lijkt. Zo is er felle kritiek geleverd op de Raad voor de rechtspraak (Rvdr) die in 2002 werd opgericht om als buffer tussen de rechtspraak en de regering te functioneren. Sommigen zien de Rvdr echter niet als buffer, maar als machtige verlengde arm van Den Haag.

4.2.2 *Gedragcodes en kernwaarden als wapens in een machtsstrijd*

Op eerste oog lijken professie-ethiek en NPM op gespannen voet te staan. NPM legt immers het accent op resultaten, op effectiviteit en efficiëntie, en heeft minder oog voor procedurele waarborgen en voor spanningen die kunnen ontstaan tussen doelmatigheid enerzijds en rechtstatelijke waarden zoals gelijkheid, rechtszekerheid en onafhankelijkheid anderzijds. We hebben echter ook gezien dat aanhangers van NPM pleiten voor vermindering van gedragsregels. Kaderwetgeving en missies en visies moeten de richting aangeven en het is aan de werkvloer om dat kader nader in te vullen. Het is interessant dat we precies ditzelfde argument terugzien in nieuwe gedragscodes die niet als regels, maar in termen van kernwaarden geformuleerd zijn.

De vraag is nu hoe we de toegenomen aandacht voor beroepsethiek, gedragscodes en kernwaarden kunnen begrijpen. Is zij vooral een gevolg van een intrinsieke belangstelling voor beroepsethiek, van een toename van integriteitsproblemen, van nieuwe dilemma's die doordacht moeten worden of is zij veeleer het gevolg van een machtsstrijd die door NPM is gecreëerd?

Laten we kort naar het Openbaar Ministerie (OM), de rechtspraak en de advocatuur kijken en bezien welke rol gedragscodes en kernwaarden in het begin van het nieuwe millennium hebben gespeeld.

Rechtspraak: twee codes als teken van tweespalt?

Het is opmerkelijk en naar mijn indruk veelzeggend dat de rechtspraak twee gedragscodes heeft, een van de Rvdr uit 2010 en een van de Nederlandse Vereniging voor Rechtspraak (NVvR) uit 2011. Er is wel gesteld dat er twee codes zijn omdat de Rvdr-code betrekking heeft op alle medewerkers van de rechtspraak, terwijl de NVvR-code specifiek op rechters van toepassing is, maar dat lijkt hooguit een deel van de verklaring. Dat de NVvR-code in elk geval mede is opgesteld vanwege spanning tussen beide organisaties blijkt misschien wel het meest duidelijk uit het feit dat de NVvR-code zowel onafhankelijkheid als autonomie als kernwaarde noemt. Onafhankelijkheid verwijst naar de externe onafhankelijkheid van de rechter als lid van een onafhankelijke staatsmacht, terwijl met autonomie de interne onafhankelijkheid van de rechter ten opzichte van zijn organisatie, het gerecht en het gerechtsbestuur bedoeld wordt.

Er zijn geen aanwijzingen dat binnen de rechtspraak sprake was van een plotse intrinsieke belangstelling voor professie-ethiek of van grote integriteitsproblemen of nieuwe dilemma's die om professie-ethische doordenking vroegen. Integendeel, de concrete aanleiding voor de NVvR-code waarin de professionele autonomie met een beroep op professie-ethische en rechtsstatelijke argumenten verdedigd wordt, lijkt eerder te moeten worden gezocht in de door de overheid opgelegde organisatorische veranderingen die mogelijk de kwaliteit, maar in elk geval de professionele autonomie leken te bedreigen.

OM: geen regels, maar kernwaarden en vrijheid zonder onafhankelijkheid

De Gedragscode OM uit 2005 bestond grotendeels uit gedragsregels; kernwaarden werden daarin niet genoemd. Deze gedragscode is in 2012 vervangen door een code zonder gedragsregels maar met kernwaarden. Deze omslag van regels naar waarden wordt in de Gedragscode OM 2012 expliciet gemotiveerd: "Een lijst van regels zou ook verlamdend werken op de vrijheid die de OM'er nodig heeft om in het concrete geval de juiste beslissing te nemen." Deze opvatting sluit naadloos aan bij NPM, maar het blijft onduidelijk waarom het OM deze radicale ommezwaai heeft gemaakt. De Gedragscode OM is

overigens in meerdere opzichten een merkwaardig allegaartje en laat de professional met lege handen staan. Hoewel vrijheid kennelijk noodzakelijk is voor een OM'er, noemt de code vrijheid, autonomie of onafhankelijkheid niet als kernwaarde. De kernwaarden die wel genoemd worden: professioneel, integer, omgevingsgericht, open en zorgvuldig, drukken bepaald niet de onderscheidende identiteit van het OM uit.

Advocatuur: de zesde kernwaarde als ondermijning van partijdigheid?

De discussie over de wijziging van de Advocatenwet, met name over de zesde kernwaarde en over de 'externalisering' van het toezicht, vormt een ander voorbeeld van een strijd tussen toezicht en autonomie die in professie-ethische termen is gevoerd. Ik beperk me hier tot een korte bespreking van de discussie over de zesde kernwaarde.

Na het verschijnen van het rapport *Een maatschappelijke Orde* en het wetsvoorstel voor de nieuwe Advocatenwet is gedebatteerd over de zogeheten zesde kernwaarde, 'de publieke verantwoordelijkheid die de advocaat draagt voor de goede rechtsbedeling'. Met name door de uitleg in de memorie van toelichting werd de indruk gewekt dat de advocaat bij de behartiging van de belangen van diens cliënt steeds rekening moet houden met het algemeen belang. De vraag was of deze eis te verenigen is met de kernwaarde van partijdigheid. 'Ja' zeiden degenen die menen dat de advocaat niet alleen het partijbelang, maar altijd ook het algemeen belang moet dienen; 'nee' zeiden degenen die menen dat de advocaat in Nederland geen *officer of the court* is die zich in ieder concrete zaak moet afvragen of zijn optreden wel het algemeen belang dient. De zesde kernwaarde is er uiteindelijk niet gekomen. In plaats daarvan is in de aanhef van artikel 10a van de Advocatenwet opgenomen dat 'de advocaat in het belang van goede rechtsbedeling zorgdraagt voor de rechtsbescherming van de cliënt'. Ook dit voorbeeld laat naar mijn oordeel zien dat de beroepsethische discussie over de zesde kernwaarde niet zozeer te maken had met concrete integriteitsproblemen of nieuwe dilemma's, maar vooral met de bedreiging van de professionele autonomie.

4.2.3 *Conclusie: macht of moraal?*

Niet een (schijnbare) toename van schandalen of van professionele dilemma's en evenmin een diepgewortelde intrinsieke belangstelling voor de eigen beroepsethiek, maar door de overheid afgedwongen organisatorische veranderingen lijken de drijvende kracht achter de aandacht voor beroepsethiek en de opkomst van gedragscodes met kernwaarden. Beroepsethiek lijkt een instrument in handen van de overheid die professionals met een beroep op transparantie en verantwoording wil temmen, maar vooral ook een instrument in han-

den van professies en professionals die hun autonomie en soms ook hun monopoliepositie trachten te verdedigen.

In navolging van de professie-socioloog Andrew Abbott kunnen we de strijd van professies om een exclusieve 'jurisdictie' vanuit een sociologisch buitenstaandersperspectief beschouwen als een strijd die een bepaalde populatie voert om het verkrijgen of behouden van een bepaalde 'niche'. Autonomie ten behoeve van de kwaliteit van de dienstverlening (goede rechtsbedeling bijvoorbeeld) is daarbij een van de belangrijkste troefkaarten van juridische professies.

We kunnen de strijd echter ook vanuit een normatief deelnemersperspectief beschouwen en de rechtvaardiging die professies voor hun autonomie en monopolie geven meer inhoudelijk onderzoeken. We zien dan dat het door Freidson voorgestelde model van professionalisme, waarbij professionals hun eigen werk organiseren en er zelf toezicht op houden, tot een onvermijdelijke en onoplosbare spanning leidt tussen de autonomie van professies enerzijds en de externe verantwoording en financiering van diezelfde professies anderzijds. Die spanning doet zich bij alle professies voelen, maar bij juridische professies speelt nog iets anders. Zij moeten immers, en dat geldt in het bijzonder voor de advocatuur en de rechtspraak, zoveel als mogelijk onafhankelijk zijn van de overheid, met name van de uitvoerende macht. De rechtspraak moet onafhankelijk zijn omdat deze behoort tot een van de staatsmachten; de advocatuur moet eerst en vooral onafhankelijk zijn omdat de meeste rechtszaken – en niet alleen strafzaken – tegen de overheid gevoerd worden. Ik schrijf 'zoveel als mogelijk', want afgezien van het feit dat de belangrijkste regelgeving voor de rechtspraak en advocatuur door de wetgevende en uitvoerende macht gemaakt wordt, wordt de rechtspraak geheel en de advocatuur gedeeltelijk door de overheid gefinancierd. Het is dan ook niet verwonderlijk dat bij beide juist over de financiering al langdurig onenigheid met de overheid bestaat.

4.3 *Soft law en beroepsethiek of soft skills en sociaalpsychologische kennis*

Voorgaande analyse kan de indruk wekken dat ik geen oog heb voor verschillende integriteitsproblemen die het afgelopen jaar media-aandacht kregen. Ik noem hier slechts 'het gebrek aan ethisch leiderschap' en de melding van 'ongewenste omgangsvormen, grensoverschrijdend gedrag en een vermoeden van integriteitsschendingen' bij het OM, 'de angstcultuur, onheuse bejegening door en wantrouwen jegens het bestuur' van de Rechtbank Noord-Nederland,

het jarenlange ‘grensoverschrijdende gedrag’ en ‘machtsmisbruik’ bij de Faculteit Rechtsgeleerdheid van de UvA en ‘beïnvloeding door beleidsambtenaren van rapporten die onafhankelijk zouden moeten zijn’ en een ambtelijke top van het ministerie van Justitie en Veiligheid die ‘jacht [maakte] op klokkenluiders’. Deze voorbeelden laten zien dat ernstige integriteitsproblemen spelen die om een analyse en een adequate aanpak vragen.

In deze paragraaf beperk ik me tot een domein waarin ik naast theoretische kennis, ook praktische ervaring heb: (rechts)wetenschapsethiek en de integriteitsvraagstukken en -risico’s die daar spelen. Door mijn werk ben ik tot het inzicht gekomen dat professie-ethiek, gedragscodes en kernwaarden, wel een rol kunnen spelen in de opleiding en bij de analyse van specifieke beroepsethische vragen, maar slechts een ondergeschikte rol bij het voorkomen, signaleren, analyseren en aanpakken van algemene integriteitsproblemen. Mijn ervaring is dat daarvoor niet primair *soft law* zoals gedragscodes en kennis van professie-ethische theorieën, maar vooral *soft skills* zoals morele sensitiviteit en kennis van sociaalpsychologische theorieën over moreel handelen en moreel leiderschap cruciaal zijn. In dit deel zal ik eerst aangeven welke nieuwe ontwikkelingen de integriteit in de rechtswetenschap bedreigen. Daarna geef ik een overzicht van sociaalpsychologische theorieën die ik in de loop der jaren heb ontdekt en als praktische handvatten ben gaan gebruiken.

4.3.1 *Risicofactoren in de (rechts)wetenschap*

De afgelopen decennia hebben aan de universiteiten en ook meer specifiek aan juridische faculteiten enkele ingrijpende veranderingen plaatsgevonden. Deze veranderingen zijn deels positief, maar brengen ook integriteitsrisico’s met zich. Ik bespreek er vier.

Werkdruk

De eerste verandering is dat de druk op wetenschappelijk medewerkers hoger is geworden. Waar een medewerker vroeger zonder veel publicaties en zelfs zonder proefschrift een wetenschappelijke carrière kon maken, moet een promovendus nu steeds sneller een proefschrift produceren. Onderzoek dat in het voorjaar van 2019 universiteitsbreed onder RuG promovendi is uitgevoerd, laat zien dat 42% van hen veel ongezonde werkstress ervaart. Volgens landelijk onderzoek onder filosofie-promovendi dat begin 2020 is verschenen loopt maar liefst 58% van hen risico een psychiatrische stoornis zoals depressie te ontwikkelen. Na de promotie neemt de werkstress niet noodzakelijk af. Wie in aanmerking wil komen voor een hoogleraarschap gaat tegenwoordig ook bij rechtenfaculteiten vaak in een *tenure track*. In die track moet de medewerker subsidies aanvragen en die deels ook binnenhalen, meerdere promovendi succesvol begeleiden en een indrukwekkende onderzoeksoutput realiseren.

Co-auteurschap

Een tweede verandering aan rechtenfaculteiten is dat gezamenlijk publiceren steeds meer de norm wordt. Hierbij gaat het soms om samenwerking tussen senior onderzoekers, maar er komen ook steeds meer gezamenlijke publicaties van promotor en/of begeleider met promovendus tot stand. Co-auteurschap blijkt naast een bron van inspiratie en kennisverbreding, helaas ook een bron van wrijvingen en conflicten. Met name de druk op ('tenure track') begeleiders en promotoren om verschillende promovendi te begeleiden en daarnaast zelf ook een goede onderzoeksoutput te realiseren, kan ertoe leiden dat de begeleiding van een promovendus bijna automatisch met zich brengt dat de artikelen die de basis voor het proefschrift vormen samen gepubliceerd worden. Op zichzelf is er niets tegen co-publicaties. Juristen weken en wijken op dit punt af van bijna alle andere disciplines, waar de eerste promotor vaak de laatste auteur van artikelen van de promovendus is. Maar dit verschijnsel, dat sluipenderwijs zijn intrede heeft gedaan aan rechtenfaculteiten, zou faculteitsbreed veel explicieter en uitvoeriger besproken moeten worden, zodat duidelijkheid en breed en publiek gedeelde opvattingen ontstaan over gezamenlijk publiceren. Daarbij is belangrijk dat coauteurs – en dat geldt met name voor promotoren en promovendi – hun verwachtingen expliciet maken en niet stilzwijgend aannemen dat alle partijen dezelfde verwachtingen hebben. De begeleider moet daarbij het voortouw nemen en zich bewust zijn van de ongelijke relatie tussen beiden.

De samenwerking verloopt vaak in goede harmonie, maar in gesprekken met promovendi die ik in de context van mijn universiteitsbrede wetenschapsethiek-colleges aan promovendi van alle faculteiten heb gevoerd, heb ik gemerkt dat het ook regelmatig misgaat. Soms is sprake van een gebrek aan sensitiviteit, soms is de onvrede het gevolg van onuitgesproken uiteenlopende verwachtingen. Soms lijkt er echter ook kwade opzet in het spel en eigent iemand zich een publicatie toe. Ten onrechte weglaten of juist toevoegen van auteurs en ook verandering van auteursvolgorde zijn geen zeldzaamheid. De Groningse rechtenfaculteit heeft mede daarom in 2018 een Richtlijn Co-Auteurschap vastgesteld. De richtlijn bestaat uit zes concrete gedragsregels en in de toelichting bij de richtlijn worden enkele concrete voorbeelden gegeven. De richtlijn wordt onder andere in het onderwijs aan promovendi en onderzoeksmasterstudenten besproken.

Empirisch rechtswetenschappelijk onderzoek

Een derde verandering is dat een steeds groter deel van rechtswetenschappelijk onderzoek een empirische component heeft. Soms gaat het alleen om het in kaart brengen van een probleem door een aantal informele gesprekken met *stakeholders* te voeren; steeds vaker is er sprake van 'echt' sociaalweten-

schappelijk onderzoek. Dergelijk onderzoek moet aan andere eisen voldoen dan klassiek rechtsgeleerd onderzoek waarin alleen openbare bronnen bestudeerd worden. Bovendien zijn, mede door de invoering van de AVG in 2018, de eisen aan sociaalwetenschappelijk onderzoek aangescherpt. Niet alleen moet de onderzoeker op correcte wijze *informed consent* aan deelnemers vragen, daarnaast moet met name ook het ‘datamanagement’, het anonimiseren, opslaan, delen en toegankelijk maken van de verzamelde data, aan strenge eisen voldoen. Door de veelheid aan regels bestaat het risico dat onderzoekers belangrijke eisen over het hoofd zien of zelfs de fundamentele morele belangen die aan de eisen van informed consent en datamanagement ten grondslag liggen uit het oog verliezen. Mijn inschatting is dat op beide punten veel onderzoek nog niet geheel volgens de regels van de wetenschapsethiek verloopt. De Nederlandse Gedragscode Wetenschappelijke Integriteit kan hier slechts een beperkte rol spelen. Meer specifieke kennis, onder andere van de AVG en van de verschillende mogelijkheden van dataopslag en data-uitwisseling is daarvoor vereist. Ook hier wordt vooral ingezet op bewustwording door informatieverstrekking en laagdrempelig advies aan onderzoekers.

Derde geldstroomonderzoek

Een laatste verandering is dat steeds meer onderzoek uit de ‘derde geldstroom’ wordt gefinancierd, dat wil zeggen niet door de universiteiten zelf en niet door ‘tweede geldstroom’ instanties zoals NWO, maar door particuliere of overheidsorganisaties. Hierbij wordt vaak gedacht aan medisch en (bio)technologisch onderzoek, maar ook veel onderzoek naar recht en overheidsbeleid wordt in opdracht van derden uitgevoerd. Zoals de WODC-affaire uit 2018 heeft laten zien, kan de onafhankelijkheid van onderzoek juist bij dit type onderzoek onder druk komen te staan. Uit een peiling door NRC Handelsblad onder ruim 2500 wetenschapper blijkt dat ruim een kwart van de onderzoekers die derde geldstroomonderzoek deden last heeft van ongewenste beïnvloeding door de opdrachtgever. Een kwart van die groep meldde het onderzoek te hebben aangepast aan de wensen van de opdrachtgever. Het is dan ook niet zonder reden dat de KNAW in 2018 een brief-advies over de vrijheid van wetenschapsbeoefening in Nederland heeft opgesteld.

4.3.2 *Wangedrag in de wetenschap*

We zien dus dat veranderingen aan rechtenfaculteiten leiden tot nieuwe beroepsspecifieke morele vraagstukken over de onafhankelijkheid van onderzoek, over eisen van informed consent en datamanagement, en over co-auteurschap. Deze veranderingen – in het bijzonder de ‘ratrace’ tussen wetenschappers die gepaard gaat met sterkere onderlinge competitie en die soms in ‘koninkrijkjes’ van ster-onderzoekers resulteert – creëren daarnaast bovendien soms serieuze, meer algemene en soms ook langdurige integriteitsproblemen.

Er is mij geen onderzoek bekend dat specifiek gaat over rechtenfaculteiten, maar onderzoek uit mei 2019 van de FNV en de VAWO (Vakbond voor de Wetenschap) naar sociale veiligheid aan Nederlandse universiteiten wijst uit dat bijna de helft van de 1110 ondervraagden een sociaal onveilige werkomgeving ervaart of heeft ervaren. Die onveiligheid bestaat volgens hen vooral uit roddelen en achterhouden van informatie. Daarnaast wordt machtsmisbruik en intimidatie door leidinggevende veel genoemd. Als oorzaak van deze problemen worden slecht leiderschap, hiërarchische relaties en een hoge werkdruk het meest genoemd.

Kwalitatief onderzoek dat in opdracht van het LNVH (Landelijk Netwerk Vrouwelijke Hoogleraren) werd verricht en dat eveneens in mei 2019 is verschenen, wijst in dezelfde richting. De onderzoekers wijzen als belangrijkste mechanismen voor wangedrag en intimidatie op de sterke hiërarchie, de competitieve en individualistische cultuur, het ontoereikend reageren op wangedrag en het – al dan niet gedwongen – zwijgen van de slachtoffers. De onderzoekers doen enkele aanbevelingen voor het aanpakken van wangedrag. Erkenning dat het probleem bestaat is de eerste stap. Daarnaast wordt de nadruk gelegd op verwerven van kennis over wangedrag en het aanleren van een kritische houding met betrekking tot het eigen gedrag. De onderzoekers benadrukken verder – wat mij betreft terecht – dat niet alleen leidinggevendenden en slachtoffers, maar ook omstanders moeten leren om adequaat op wangedrag te reageren. Ten slotte is uiteraard een systeem van melding, rapportage en aanpak van wangedrag essentieel.

4.3.3 *Sociaalpsychologische theorieën als praktische handvatten*

De beide onderzoeken naar integriteitsproblemen noemen beroepsethiek, gedragscodes en kernwaarden niet. In het LNVH-rapport wordt vooral verwezen naar sociaalwetenschappelijk onderzoek en de onderzoekers bevelen aan om medewerkers van de universiteit meer sociaalwetenschappelijke kennis te geven over oorzaken en aanpak van wangedrag. Mijn eigen ervaringen sluiten hierbij aan. Professie-ethische literatuur, gedragscodes en kernwaarden kunnen nuttig zijn om een eerste beeld te krijgen van de beroepsspecifieke karakteristieken en dilemma's van de professie en van de wetenschap, maar schieten te kort om integriteitsproblemen te analyseren of zelfs maar te signaleren.

Bewustwording van en sensitiviteit voor wangedrag gaat niet vanzelf, maar moet worden aangeleerd en – zeker zo belangrijk – permanent worden 'onderhouden', ook om tot een gedeelde cultuur te komen. Voor diezelfde bewustwording, voor het doorzien van gedragspatronen en mechanismen die wangedrag bevorderen en in stand houden en ook om zelf daadwerkelijk te leren

ingrijpen, bieden sociaalwetenschappelijke theorieën betere handvatten dan beroepsethische theorieën en gedragscodes. Omdat deze sociaalwetenschappelijke theorieën onder juristen niet algemeen bekend zijn, zal ik hier vier theorieën introduceren die mij helpen in mijn werk.

Ik gebruik deze theorieën niet als wetenschapper, als theoreticus, maar als praktisch handelend professional. Het zijn handvatten om mijn eigen denken, willen, voelen, doen en nalaten kritisch te toetsen en om concrete integriteitsproblemen en ook meer structurele problemen te doorzien. Ik heb hier niet de ruimte de theorieën uitvoerig te bespreken, laat staan om ze toe te passen. Mijn doel is hier vooral om deze theorieën onder de aandacht van juristen te brengen.

4.3.3.1 VIER COMPONENTEN THEORIE

De eerste theorie is de vier componenten theorie van de moreel- en ontwikkelingspsycholoog James Rest. Rest onderscheidt vier determinanten die ons morele handelen bepalen, te weten morele sensitiviteit, moreel oordeel, morele motivatie en moreel karakter. (1) Sensitiviteit houdt in dat iemand een situatie interpreteert en zich daarbij bewust is van de impact die zijn eigen handelen en nalaten heeft op anderen. (2) Het vermogen tot morele oordeelsvorming veronderstelt allereerst dat iemand zich bewust is van een moreel probleem. Het houdt bovendien in dat iemand niet alleen in abstracto in een fictieve ‘papieren’ casus, maar ook in een ‘echte’ situatie kan beoordelen wat goed en fout is. Rest wijst er echter op dat zelfs als iemand in concrete situatie tot een afgewogen moreel oordeel komt, dat niet altijd leidt tot moreel juist handelen. Daarvoor is morele motivatie en soms ook morele moed nodig. (3) Morele motivatie verwijst naar het vermogen en de bereidheid om morele waarden te laten prevaleren boven andere waarden en belangen, zoals persoonlijke belangen. (4) Moreel karakter verwijst vooral naar de moed om datgene te doen wat iemand juist acht, maar onder andere ook naar doorzettingsvermogen.

Rest benadrukt dat moreel juist handelen niet alleen bepaald wordt door (het vermogen tot) morele oordeelsvorming, maar ook door de drie andere componenten. Dit klinkt wellicht als open deur, maar in ethische, ook in beroepsethische, literatuur ligt de nadruk vaak tamelijk eenzijdig op rationele analyse en oordeelsvorming. Als in de literatuur al casus worden besproken, dan zijn de voorbeeldcasus meestal zodanig ‘voorgekookt’ dat alle relevante factoren al benoemd zijn en het vervolgens alleen nog gaat om de interpretatie en de weging van die factoren. Klassieke filosofische gedachte-experimenten gaan vaak over extreme situaties. Voorbeelden zijn het ‘trolley-experiment’ waarbij je moet beslissen of je een treinwissel omzet waardoor slechts één in plaats van vijf personen worden overreden en ‘the fat man in the cave’ waarbij je

moet beslissen of je een dikke man die de uitgang van een grot blokkeert mag opblazen om anderen te redden. In de studeerkamer is het relatief makkelijk om tot een moreel verdedigbaar oordeel te komen. In de dagelijkse praktijk presenteren dilemma's zichzelf echter niet als volledig uitgeschreven casus waarbij bij voorbaat duidelijk is wat de relevante feiten en morele criteria zijn. Ook ontbreken vaak de rust, de onafhankelijkheid en de onpartijdigheid ten opzichte van anderen om tot een afgewogen oordeel te komen. Gebrek aan sensitiviteit, relaties met anderen, conflicterende belangen, luiheid en lafheid kunnen in een fictieve casus makkelijker overwonnen worden dan in de alledaagse praktijk.

De theorie van James Rest maakt duidelijk dat moreel falen niet alleen en zelfs niet primair het gevolg is van gebrekkige oordeelsvorming, maar vooral van gebrek aan sensitiviteit, van het kiezen voor andere belangen, waaronder het eigen belang, en van gebrek aan moed. De theorie van Rest kan bovendien helpen het bekende *bystander*-effect beter te begrijpen, omdat de verschillende oorzaken van dit effect aan de verschillende componenten van Rests theorie gekoppeld kunnen worden.

4.3.3.2 OMSTANDEREFFECT

Het *bystander*- of omstandereffect is het effect dat omstanders niet ingrijpen in een situatie die daar wel om vraagt. Bij de bespreking van het omstandereffect wordt vaak een concreet misdrijf of ongeluk als voorbeeld gegeven, maar het kan ook een rol spelen bij professionele integriteitskwesties. In de literatuur worden gewoonlijk vijf oorzaken voor het omstandereffect genoemd. (1) Omstanders zijn zich niet altijd bewust van de gebeurtenis, omdat er te veel afleiding of ruis is of omdat ze op hun eigen bezigheden geconcentreerd zijn. (2) Als omstanders zich wel van de gebeurtenis bewust zijn, dan zien ze niet altijd dat deze urgent is en om ingrijpen vraagt, hetzij omdat men het signaal dat er iets mis is niet (her)kent, of omdat het signaal ambigu is. (3) Soms zien omstanders wel dat de gebeurtenis om ingrijpen vraagt maar vinden ze zichzelf niet verantwoordelijk, bijvoorbeeld omdat er anderen zijn die ook kunnen ingrijpen, of vanwege de relatie met slachtoffer of dader, of omdat het probleem niet belangrijk genoeg wordt geacht. (4) Zelfs als omstanders zichzelf enige verantwoordelijkheid toedichten en bereid zijn te handelen, dan moeten ze nog beslissen hoe te handelen, en het is lang niet altijd duidelijk wat ze dan moeten doen (handelingsverlegenheid). (5) Ten slotte moeten omstanders besluiten om daadwerkelijk op te treden, maar dat besluit kan haaks staan op sociale normen. Angst voor eigen positie en reputatie en risico's zoals sociale uitsluiting kunnen daarbij een rol spelen.

4.3.3.3 MECHANISMEN VAN MORELE ONTHECHTING

Ook in de sociaal-cognitieve theorie van Albert Bandura staat niet het vermogen tot abstracte morele oordeelsvorming centraal, maar de wisselwerking tussen denken, voelen en sociale invloeden. Bandura's hypothese is dat mensen handelen op een wijze die hen bevrediging en een gevoel van eigenwaarde geeft en dat ze schending van morele normen vermijden omdat dat tot zelf-oordeel en -verwijt leidt. Bandura onderzoekt hoe mensen in staat zijn hun eigen morele normen te schenden zonder dat zij last krijgen van een knagend geweten. Hij onderscheidt zeven 'mechanismen van morele onthechting'. Ook Bandura's theorie is een krachtig handvat. Sinds ik zijn theorie ken, kan ik morele argumenten, zowel die van mijzelf als van anderen, niet langer alleen beschouwen als goed beredeneerde rechtvaardigingen of excuses; ik zie ze ook en soms zelfs vooral als manieren om schuld- of schaamtegevoel te voorkomen. Bandura maakt onderscheid tussen mechanismen die betrekking hebben op het verwerpelijk geachte gedrag, de gevolgen van dat gedrag, en het slachtoffer.

Gedrag

Bandura onderscheidt drie mechanismen die specifiek betrekking hebben op het immorele gedrag.

Herdefiniëring

Door immoreel gedrag, veelal met behulp van een religie of een ideologie, te herdefiniëren wordt het gedrag sociaal en moreel gerechtvaardigd.

Eufemistisch taalgebruik

Door immoreel gedrag eufemistisch te labelen, wordt het misschien niet geheel gerechtvaardigd, maar wel meer respectabel gemaakt. Eén vorm is het gebruik van *sanitising language* zoals de oorlogstaal van 'een chirurgische ingreep' en 'collateral damage'. Een andere veel gebruikte vorm is *agentless passive voice*. Daarbij geeft men een passieve beschrijving van gebeurtenissen zonder daarbij de actief handelende en verantwoordelijke mensen te benoemen.

'Het alternatief is nog erger'

Handelen wordt gerechtvaardigd door het te vergelijken met het alternatief van niets doen dat tot verschrikkelijke gevolgen zal leiden. Zo zeiden de onderzoekers in het omstreden Milgram-experiment tegen de proefpersonen dat het voor het onderzoek belangrijk was dat zij door zouden gaan met het toedienen van schokken.

Gevolgen

Het tweede type mechanismen zorgt ervoor dat de verantwoordelijkheid voor en de gevolgen van het handelen worden verkleind of onzichtbaar gemaakt.

Verantwoordelijkheid elders leggen

In het Milgram-experiment kregen proefpersonen niet alleen te horen dat het belangrijk was dat ze doorgingen, ze mochten bovendien de verantwoordelijkheid voor het toedienen van potentieel dodelijke stroomstoten bij de onderzoeker leggen.

Spreiden van verantwoordelijkheid

Door het spreiden van verantwoordelijkheid is niemand verantwoordelijk voor het geheel en individuen kunnen daardoor hun verantwoordelijkheid op anderen afwentelen. Arbeidsdeling en groepsbeslissingen zijn twee manieren om dit effect te realiseren. Een bekend voorbeeld is het vuurpeloton waarbij de schutters niet weten wie het dodelijke schot heeft gelost.

Ontkennen, verdraaien of verkleinen van schadelijke gevolgen

Als de gevolgen zoals angst, pijn, fysieke schade niet direct zichtbaar en voelbaar zijn, bijvoorbeeld doordat ze op een andere plek of veel later in de tijd gerealiseerd worden, dan is het makkelijker de gevolgen te ontkennen, verdraaien of verkleinen dan wanneer de schade direct zichtbaar is. Daarom zijn foto's en filmbeelden veel krachtiger dan getallen en argumenten.

Slachtoffer

De laatste twee mechanismen van morele onthechting hebben betrekking op het slachtoffer.

Dehumanisering

Bij dehumanisering hoeven we niet direct aan het klassieke voorbeeld 'Untermenschen' te denken. Ook de term 'Marokkanenverdelgers' zoals die bij de politie schijnt te zijn gebruikt en 'wijffies' die een hoofdofficier van Justitie zou hebben gebezigd, hebben geheel of gedeeltelijk deze functie. Een combinatie met andere mechanismen, zoals eufemistisch labelen en het ontkennen of spreiden van verantwoordelijkheid, kan tot vergaande 'morele onthechting' leiden.

'Blaming the victim'

Door de schuld aan het slachtoffer, tegenstanders, of 'de omstandigheden' te geven, kan de dader zich positioneren als slachtoffer. De daders kunnen hun immoreel handelen labelen als een gerechtvaardigde reactie op onrecht dat hun, de groep, of het 'grotere goed', is aangedaan.

4.3.3.4 GIFTIGE DRIEHOEK

De theorieën van Rest en Bandura zijn vooral hulpmiddelen om individuele en incidentele gebeurtenissen te analyseren. Er zijn echter ook organisaties waarin niet slechts af en toe iets fout gaat, maar waar wangedrag van een persoon in een leidinggevende functie maanden- of zelfs jarenlang voortduurt zonder dat daartegen wordt opgetreden. Met name de *Toxic Triangle*-theorie van Padilla, Hogan & Kaiser geeft handvatten om situaties van langdurig wangedrag door een leidinggevende te doorgronden. Ook deze theorie is wat mij betreft verplichte kost, niet alleen in ‘leiderschap’-cursussen, maar vooral ook in ‘geleide’- of ‘volger’-cursussen.

De giftige driehoek bestaat uit een destructieve leider, vatbare volgers en bevorderlijke omstandigheden. De auteurs illustreren hun theorie aan de hand van Castro’s leiderschap van Cuba, maar de theorie is ook toegepast op een ontspoorde situatie aan een Amerikaanse universiteit. Als de berichten in de media een correct beeld geven, dan lijkt de theorie ook goed bruikbaar om eerdergenoemde situaties binnen het OM en aan de UvA te analyseren.

De auteurs stellen dat hun theorie in twee opzichten verschilt van veel ander sociaalpsychologisch onderzoek naar leiderschap. Ten eerste heeft de nadruk in sociaalpsychologisch onderzoek volgens hen lang gelegen op positieve kenmerken van leiders, op goed en moreel leiderschap. Ten tweede is de nadruk vaak eenzijdig gelegd op persoonlijke kenmerken van de leider en is veel minder onderzoek gedaan naar het samenspel met kenmerken van volgers en omstandigheden. In hun theorie staan daarom negatieve kenmerken van leiders en kenmerken van volgers en omstandigheden centraal.

Destructieve leiders

Volgens Padilla, Hogan en Kaiser worden destructieve leiders gekenmerkt door de volgende vijf eigenschappen: (1) charisma, dat onder meer blijkt uit retorisch talent en een tomeloze energie, (2) behoefte aan (autocratische) macht, (3) narcisme, blijkend uit dominant gedrag, gevoel van grandiositeit, arrogantie, het claimen van privileges, en zelfzuchtig genot zoeken, (4) een ideologie van haat waarin degenen die de leider niet volgen worden gezien als rivalen die moeten worden overwonnen of als vijanden die moeten worden vernietigd en (5) negatieve levensthema’s die zijn terug te voeren op een slechte jeugd en die leiden tot het compartimentaliseren en daardoor tot het negeren van pijnlijke ervaringen van zichzelf, maar vooral ook van anderen.

Volgers

Padilla, Hogan en Kaiser onderscheiden twee soorten volgers. Het eerste type – *conformers* oftewel conformisten – heeft onvervulde basale behoeften, zoals

veiligheid en ergens bij horen, en een laag zelfbeeld en wil zich identificeren met een charismatisch leider die voor hem of haar kan zorgen. Deze volgers zijn makkelijk te manipuleren. Het andere type volgers – *colluders* of samen-spanners – is ambitieus en gecommitteerd en deelt de doelen en waarden van de leider. Sommigen delen ook de meer zelfzuchtige doelen van de leider.

‘Gunstige’ omstandigheden

Het derde element in de theorie zijn contextuele factoren die destructief leiderschap mogelijk maken en in stand houden. De auteurs noemen er vier. (1) De eerste factor is externe of interne instabiliteit. Instabiliteit vraagt soms om snelle en eenzijdige besluitvorming om orde en rust te creëren. Een risico is dat vergaande bevoegdheden die daarvoor tijdelijk zijn toegekend niet worden teruggedraaid. (2) Ook reële of ingebeelde bedreigingen vormen een gunstige omstandigheid voor het accepteren van een autoritaire (en potentieel destructieve) leider. (3) Destructieve leiders maken meer kans in een collectivistische cultuur met duidelijke hiërarchie en een grote machtsafstand waarin afkeer is van onzekerheid. (4) Ten slotte is afwezigheid van *checks and balances* een belangrijke factor.

Externe checks and balances kunnen falen als bijvoorbeeld toezichthouders, accountants of de media hun werk niet goed doen. Interne checks and balances kunnen ook ontbreken of falen, bijvoorbeeld doordat het bestuur ‘van bovenaf’ onwetend is of niet ingrijpt. Checks and balances kunnen ook ‘van onderop’ komen of juist ontbreken, bijvoorbeeld als werknemers op de werkvloer afhankelijk of apathisch zijn. Bij checks and balances kunnen gedragscodes wel een rol spelen, maar aangezien hun juridische status en hun verbindendheid beperkt is, zal ook *hard law* moeten worden ingezet.

4.3.4 *Ten slotte*

Hoewel de verleiding groot is de theorieën te gebruiken in een analyse van een of meer van de eerdergenoemde integriteitsproblemen die het afgelopen jaar in de media zijn uitgemeten, zal ik mij daarvan onthouden. Ik beperk me tot enkele observaties. Wat uit de verslaggeving in de media duidelijk wordt is dat een ‘giftige driehoek’ zeer lang in stand kan blijven als de omgevingsfactoren ‘gunstig’ zijn, met name als *checks and balances* ontbreken. De voorbeelden laten ook zien hoe sterk het omstandereffect is. Op het ‘hoogste’ bestuurlijke niveau kan of wil men vaak het probleem of de urgentie van het probleem niet zien (de eerste drie oorzaken van het omstandereffect). Op het ‘laagste’ niveau lijken met name handelingsverlegenheid en angst om te handelen belangrijke factoren (oorzaken vier en vijf). Ook bij de oordeelsvorming lijken verschillende van Bandura’s mechanismen van morele onthechting een belangrijke rol te spelen en ten slotte blijkt het ontbreken van de door Rest genoemde factoren

van morele sensitiviteit, motivatie en moed om te handelen minstens zo belangrijk als gebrekkige morele oordeelsvorming.

4.4 Deskundigheid als kern-kernwaarde

In het derde en laatste deel van mijn preadvies keer ik terug naar kernwaarden. Ik neem één kernwaarde onder de loep en wel de schijnbaar minst morele. Ik richt mijn blik op deskundigheid omdat zij, veel meer dan integriteit, de kern van professies vormt. Zij is wat een professie tot een – van andere professies onderscheiden – professie maakt. Zij is de grondslag van de verantwoordelijkheden en de soms verstrekkende bevoegdheden van professionals.

De vraag welke deskundigheid juristen moeten hebben is uiteraard vrijwel voortdurend onderwerp van discussie. Zo stond deskundigheid ook in de NJV-preadviezen van 2018 over de juridische opleidingen centraal. Als immers niet duidelijk is welke deskundigheid of deskundigheden juristen moeten hebben, dan komt daarmee uiteindelijk ook de morele en politieke legitimatie van hun bevoegdheden, handelingen en beslissingen in de lucht te hangen. Daarom is deskundigheid wat mij betreft de kern-kernwaarde van professies.

4.4.1 De T-vormige jurist: oude wijn in nieuwe zakken?

De laatste dertig jaar wordt wel gesproken over de *T-shaped lawyer* of de *T-shaped legal professional*. Elaine Mak besteedt er in haar preadvies ook aandacht aan. De T-vormige jurist heeft in de T-staander gedegen specialistische juridische kennis en vaardigheden en beschikt in de T-ligger over generalistische kennis en vaardigheden op verschillende andere terreinen. Het gaat daarbij niet alleen om wetenschappelijke kennis, maar ook om sociale vaardigheden en kennis van bijvoorbeeld bedrijfsvoering.

Een eerste vraag is of de T-vormige jurist werkelijk een nieuw fenomeen is of dat juristen altijd al T-vormig waren. Sterker nog, waren juristen vroeger niet veel T-vormiger dan nu? Vroeger behoorde in de T-ligger vooral *Bildung* te zitten, terwijl de staander niet alleen met positiefrechtelijke vakken, maar vooral ook met Romeins recht gevuld was. Misschien kunnen we de verschillende T-vormen het beste begrijpen in termen van juridische ideaaltypen. In de T-ligger van de klassieke jurist zit dan de *lawyer-statesman* met *Bildung* en eergevoel; bij de moderne jurist zitten daar vooral kennis en vaardigheden met betrekking tot bedrijfsvoering (de jurist als ondernemer) of sociale vaardigheden (de responsieve jurist), of wetenschappelijke kennis (de doel-rationele jurist).

Een tweede vraag is wat de verhouding tussen T-staander en T-ligger is. Wellicht was vroeger de staander dikker en de ligger dunner dan tegenwoordig. De verhouding tussen beide bepaalt in elk geval nog steeds voor een deel de verschillen tussen de Nederlandse juridische faculteiten. De Groningse opleiding bijvoorbeeld stelt expliciet de positiefrechtelijke staander centraal, terwijl aan sommige andere faculteiten relatief veel aandacht naar de ligger lijkt uit te gaan. Soms wordt ook wel de indruk gewekt dat de ligger steeds langer (gevuld met algemene kennis op steeds meer terreinen) en dikker (niet slechts generalist maar ook enigszins gespecialiseerd in een andere tak van sport) kan worden, zonder dat die uitbreiding ten koste gaat van de stevigheid van de staander. Is de moderne T-vormige jurist werkelijk een alleskunner, een homo universalis, of is hij een Michelin-mannetje dat uit steeds meer holle banden bestaat? Of is het idee dat zowel de T-staander als de T-ligger tot in het schijnbaar oneindige veel dikker en groter kan worden een gevaarlijke metafoor die leidt tot uitholling van de specifiek juridische deskundigheid?

Veel hangt natuurlijk af van het specifieke beroep of ambt dat de jurist vervult. Zelfs als ik me beperk tot de klassieke juridische togaberoepen waarvoor een stevige T-staander noodzakelijk is, zie ik grote verschillen. Zoals bijvoorbeeld in de NJV-pleidviesen uit 2018 is aangegeven zal een advocaat in een groot kantoor niet alleen een andere staander, maar ook een andere ligger moeten ontwikkelen dan een eenpitter en een partner van datzelfde grote kantoor zal zowel een andere staander als een andere ligger nodig hebben dan andere advocaten in datzelfde kantoor. Vergelijkbare verschillen gelden voor een politierechter en een raadsheer bij de Hoge Raad en voor een officier van justitie en een Procureur-generaal bij het OM.

Een andere, voor nu interessantere vraag is of de generalistische kennis in de T-ligger altijd volstaat voor het uitoefenen van het ambt of beroep. Ik wil hier een specifieke invulling van de ligger belichten, te weten wetenschappelijke kennis die in toenemende mate een rol speelt bij het bewijs van de feiten. De inbreng van wetenschappelijke kennis wordt grotendeels uitbesteed aan andere personen, niet alleen aan wetenschappers die in de rechtszaal als deskundigen optreden, maar bijvoorbeeld ook aan medewerkers die de rechter en de officier ondersteunen bij het doorgronden van rapporten. Uiteindelijk echter zijn het echter rechters, advocaten en officieren die de deskundigen kritisch moeten bevragen en die uiteindelijk een oordeel over de feiten moeten vellen. De gedachte wordt breed gedeeld dat daarvoor enige vakinhoudelijk wetenschappelijke kennis en in toenemende mate ook enige kennis van kansrekening en statistiek nodig is. Is het realistisch te denken dat juristen zich die kennis en vaardigheden eigen kunnen maken? Ik zal betogen dat dat twijfelachtig is.

De vraag is dus of het zinvol is de T-ligger van de togadrager, of het nu een advocaat, een officier of een rechter is, met meer generalistische wetenschappelijke kennis te vullen. Mijn vraag is, meer in het bijzonder, of het toenemende belang en de toenemende complexiteit van zowel wetenschappelijke materiedeskundigheid als ook van deskundigheid op het terrein van statistiek en kansrekening om drastischer maatregelen vraagt.

4.4.2 *Risicosamenleving*

Weber sprak een eeuw geleden al over de rationalisering en de onttovering van de wereld. Niet alleen het overheidsbeleid, ook de rechtspraktijk verwetenschappelijkt en het einde van deze ontwikkeling lijkt niet in zicht. We krijgen steeds meer inzicht in oorzaak-gevolgrelaties, relaties die ook kunnen worden opgevat als doel-middelrelaties. Daarmee is de samenleving misschien niet maakbaar, maar zij lijkt wel – in toenemende mate – controleerbaar en corrigeerbaar. Wetenschap krijgt daarmee een steeds grotere rol in wetgeving en beleid en ook in de toepassing van het recht in individuele gevallen. De coronacrisis confronteert ons met de grenzen van controleerbaarheid en corrigeerbaarheid, maar toch vormt zij geen weerlegging van, maar veeleer een bewijs voor deze stelling. Het lijkt aannemelijk dat in Nederland nooit eerder zulke ingrijpende politieke beslissingen zo grootschalig door wetenschappelijke inzichten bepaald werden.

Ons wereldbeeld is sinds de Verlichting niet alleen verwetenschappelijkt, het wordt ook – met name sinds het eind van de 19^e eeuw – steeds meer in termen van kansen geformuleerd. Judea Pearl en Dana Mackenzie laten in *The Book of Why* zien dat deze ontwikkeling zo ingrijpend is dat ‘causaliteit’ in sommige kringen een verdachte metafysische term is geworden die vervangen zou moeten worden door de termen ‘correlatie’ en ‘kans’. In 1986 introduceerde de socioloog Ulrich Beck de term ‘risicosamenleving’. Die term is strikt genomen niets anders dan een normatieve variant van de meer neutrale term ‘kanssamenleving’; risico’s zijn immers een negatieve waardering van kansen. Het ontstaan van de kans-samenleving is een gevolg van het feit dat we noodlot en voorzienigheid hebben ingewisseld voor kansen die we inschatten en op basis waarvan we de werkelijkheid trachten te beheersen. Dat heeft gevolgen, niet alleen voor wetgeving en algemeen beleid, maar ook voor beslissingen in individuele gevallen. Immers, als de overheid wetenschappelijk onderbouwde kans-schattingen kán maken, dan ligt het voor de hand dat zij die ook móét maken.

De onttovering en verwetenschappelijking van de rechtspraktijk zien we onder andere in complexe straf- en aansprakelijkheidszaken, waarin wetenschap en deskundigen een steeds belangrijker rol spelen bij de vaststelling van feiten

en van de relevantie en de bewijswaarde van die feiten. De vaststelling van de feiten wordt steeds belangrijker en wetenschap speelt daarbij een steeds grotere rol. Tegelijkertijd wordt de uitleg van diezelfde wetenschappelijke vaststellingen steeds ingewikkelder. In het bijzonder zijn kansrekening en statistiek daarbij niet meer weg te denken. Dat geldt bijvoorbeeld voor de inschatting van de kans dat het DNA op plaats delict van verdachte is, gegeven een match tussen het DNA-profiel op plaats delict en het DNA-profiel van verdachte en van de kans op het krijgen van een aandoening gegeven de blootstelling aan een schadelijke stof. Niet alleen in straf- en civielrecht, ook in het bestuursrecht speelt wetenschap een steeds grotere rol. In het bestuursrecht heeft de veranderde aard van de regelgeving een belangrijke rol gespeeld in de opmars van de wetenschap in het recht.

In het eerste deel van dit preadvies heb ik aangestipt dat onder invloed van New Public Management kaderwetgeving met zorgplichtbepalingen in toenemende mate de juridische dienst zijn gaan uitmaken ten koste van klassieke gedragsregels die specifiek gedrag verbieden, gebieden of toestaan. Mijn collega Pauline Westerman heeft laten zien wat de gevolgen zijn van deze verandering, te weten dat de normadressaat van een zorgplichtbepaling niet langer eenvoudig datgene kan doen of laten wat geboden of verboden is, maar 'zoveel als redelijkerwijs mogelijk' bepaalde gevolgen, bepaalde doelen, moet realiseren dan wel voorkomen. Hier zien we hoe de eerdergenoemde wetenschappelijke oorzaak-gevolgrelaties en beleidsmatige middel-doelrelaties samenkomen: de normadressaat moet dát middel inzetten dat het doel helpt realiseren. De vraag rijst echter hoe de normadressaat 'redelijkerwijs kan weten' door welke gedragingen zij de al dan niet gewenste gevolgen kan realiseren dan wel voorkomen. Precies daarvoor hebben de normadressaat, diens advocaat, maar ook de rechter deskundigen nodig. Deskundigen moeten helpen de kans in te schatten dat bepaald handelen of nalaten ertoe zal leiden dat een gevolg (niet) gerealiseerd wordt. Het is dus geen toeval dat ook de relatie tussen uitvoerende macht en rechterlijke macht steeds ingewikkelder wordt. De rechter kan immers steeds vaker niet 'gewoon' bepalen of de uitvoerende macht zich aan de toepasselijke gedragsregels heeft gehouden, maar moet zelf vaststellen of de gedragingen redelijkerwijs gaan leiden of hadden kunnen leiden tot de opgelegde doelen.

Nog steeds wordt het pleit uiteindelijk vooral beslecht doordat partijen elkaar en vooral ook de rechter 'overtuigen', dat wil zeggen doordat één van de partijen meer en vooral meer respectabele getuigen heeft. Die getuigen zijn echter steeds vaker deskundigen en zij spreken steeds vaker in de voor leken en juristen onnavolgbare taal van statistiek en kansrekening. De verklaringen van deze getuige-deskundigen zijn daarmee voor de meeste betrokkenen bijna net

zo magisch geworden als bijvoorbeeld de door de antropoloog E. Adamson Hoebel beschreven lied-duels waarmee de Inuit hun geschillen beslechtten. Zo leidt de verwetenschappelijking van de samenleving niet zozeer tot onttovering, maar veeleer tot een nieuwe en voor velen even ondoorgrondelijke magie van kansrekening.

4.4.3 *Kansen-rechtspraak*

We hebben nu dus niet alleen een kansen-samenleving maar ook kansen-rechtspraak. Deze ontwikkeling leidt ertoe dat mensen datgene moeten doen waarin zij van nature erg slecht schijnen te zijn, te weten het beoordelen van onzekerheden en kansen. De beroemde psycholoog en Nobelprijswinnaar Daniel Kahneman geeft in *Thinking, Fast and Slow* vele aansprekende voorbeelden van redeneerfouten, al is een deel van zijn voorbeelden bekritiseerd door de bijna even bekende psycholoog Gerd Gigerenzer. Wat er zij van hun debat, feit is dat in toenemende mate ook van juristen, meer in het bijzonder van rechters, wordt gevraagd met kansen te redeneren. Dat brengt ons terug bij de vraag of het voor een jurist die zich wil specialiseren in complexe bewijszaken volstaat om haar T-staander met wetenschappelijke kennis en vaardigheden, in het bijzonder met kennis en vaardigheden op het terrein statistiek en kansrekening te vullen. Wetgevings- en overheidsjuristen die werkzaam zijn in de uitvoerende macht kunnen samenwerken met ambtenaren met deskundigheid in relevante wetenschappelijke disciplines. Zij hoeven de knoop in beleids- en wetgevingszaken niet door te hakken, zij mogen dat ook niet; zij geven slechts juridisch advies. Voor advocaten, officieren en rechters ligt dat anders. Zij moeten zich de wetenschappelijke informatie eigen maken om de deskundigen te kunnen bevragen en daarmee de voor de rechtsgang cruciale vragen te kunnen stellen, maar ook om zelf met kansen te redeneren en goed onderbouwde juridische bewijsbeslissingen te nemen.

De suggestie is wel gedaan, maar in gelijke mate ook bestreden, dat juristen veel meer onderwijs in statistiek en kansrekening zouden moeten krijgen zodat zij weliswaar niet zelf deskundigen worden, maar wel in staat zijn de juiste kritische vragen aan de deskundigen te stellen en op basis van hun antwoorden de juiste of althans verdedigbare conclusies te trekken. Nu ik al enkele jaren theorieën over en toepassingen van modellen van rationele bewijsbeslissingen in het strafrecht bestudeer, waag ik te betwijfelen of extra scholing een afdoende oplossing kan bieden. Het opdoen van passieve kennis is noodzakelijk en misschien voldoende om een wetenschappelijk betoog of rapport op hoofdlijnen te kunnen begrijpen, maar beslist niet om daarover vervolgens kritische vragen te stellen, laat staan om met de antwoorden daarop correct te redeneren. Ik ben optimistisch wanneer het gaat om scholing en nascholing met betrekking tot de scenariotheorie, die met name helpt om tunnelvisie en

confirmation bias tegen te gaan. Ik denk dat rechters niet alleen kennis, maar ook actieve vaardigheden kunnen opdoen en kunnen leren zelf de scenariotheorie correct toe te passen. Ik ben echter pessimistisch als het gaat om het begrijpen en toepassen van kansrekening en het herkennen en voorkomen van statistische drogredeneringen. Ik baseer mijn sombere verwachtingen niet zozeer op geruchtmakende maar al wat oudere zaken zoals Sally Clark en Lucia de Berk, maar op mijn eigen ervaringen en verder onder andere op een onderzoek van mijn collega Henry Prakken die in 2018 dertig rechterlijke uitspraken onderzocht en tot de conclusie kwam dat de rechters in ruim 66% van de onderzochte uitspraken de zogeheten *prosecutor's fallacy* maakten. Hij bouwde daarbij voort op onderzoek van De Keijzer en anderen uit 2009 die zelfs tot een percentage van 80% kwamen. Daarmee is overigens niet gesteld dat het begaan van de *prosecutor's fallacy* soms of vaak tot rechterlijke dwalingen leidt; helaas zijn mij daarover geen gegevens bekend.

De vraag is dus – en hier keer ik terug naar deskundigheid als kern-kernwaarde van professies – wanneer een jurist moet erkennen dat zij aan de grenzen van haar deskundigheid komt. Wanneer is de epistemische kwaliteit en daarmee ook de legitimiteit van juridische uitspraken over de feiten in het geding? Wanneer staat daardoor ook het recht op een eerlijk proces onder druk? Het proces moet immers ook epistemisch verantwoord zijn. Wanneer ondermijnen epistemische gebreken de morele en politieke legitimiteit van juridische uitspraken? Wanneer getuigt het van professionaliteit om een tekort niet te willen ‘repareren’ maar dat tekort onder ogen te zien? Ik heb geen *one size fits all*-oplossing. Omwille van de omvang van deze bijdrage beperk ik me hier tot een voorstel voor de rechtspraak.

4.4.4 Deskundigencolleges

Leden van de rechtspraak zijn bijna allemaal daarvoor opgeleide juristen. Er zijn twee belangrijke typen uitzonderingen. Sommige landen kennen rechtspraak waarin leken een rol spelen en veel landen kennen een of meer deskundigencolleges. De introductie van leken, maar ook van deskundigen heeft als uiteindelijke doel de legitimatie van en het vertrouwen in de rechtspraak te borgen.

Het bekendste voorbeeld van lekenrechtspraak is juryrechtspraak waarin een jury oordeelt over de bewezenverklaring van de feiten. Juryrechtspraak, maar ook andere vormen van lekenrechtspraak zoals het Duitse Schöffengericht, zijn gebaseerd op het idee dat het volk niet alleen in het parlement, maar ook in de rechtspraak gerepresenteerd moet zijn. Wantrouwen jegens de overheid heeft vaak een rol gespeeld bij de instelling van lekenrechtspraak. Zo is juryrechtspraak onder Napoleon in Nederland ingevoerd. Na de splitsing van Bel-

gië en Nederland in 1830 is deze in België gehandhaafd en in Nederland afgeschaft. Als verklaring voor dit verschil wordt gewoonlijk aangevoerd dat in Nederland veel minder wantrouwen jegens magistraten bestond dan in België en Frankrijk.

Hier gaat het echter niet om lekenrechtspraak uit het oogpunt van representatie, maar om deskundigenrechtspraak uit het oogpunt van het borgen van deskundigheid met betrekking tot de materiële waarheid. In Nederland bestaat binnen en buiten de rechtspraak een beperkt aantal rechtscolleges waarin deskundigen zitting hebben. Ik noem hier als voorbeeld de Penitentiaire Kamer waarin naast juristen ook een psychiater en een psycholoog zitting hebben, de Pachtkamer, de Militaire Kamer en de verschillende tuchtcolleges waarin altijd leden van de professie vertegenwoordigd zijn. In het geval van tuchtcolleges is overigens zowel representatie als deskundigheid argument voor de gemengde samenstelling van het college. Die colleges bestaan mede uit rechters om datgene te doen wat hun kerntaak is: het bewaken van de procedures, de onafhankelijkheid en de onpartijdigheid.

De vraag die ik ter afsluiting van dit preadvies aan de orde wil stellen is of we in het licht van de verwetenschappelijking van de samenleving en in het verlengde daarvan de verwetenschappelijking van de rechtspraak een andere, multidisciplinaire, invulling van de rechtspraak zouden moeten nastreven. Een eerste vraag is: wie zouden zitting moeten hebben in die rechtsprekende organen? Verschilt dat per type zaak of per type college? Welke deskundige zou in zo'n nieuw type straf-, civiele of bestuurskamer moeten zitten? De ene keer een psychiater, een volgende keer een DNA-expert en dan weer een milieuwetenschapper? Of is er wellicht één type deskundige dat de verwetenschappelijking van rechtszaken hanteerbaar kan maken?

4.4.5 *'Juridisch-rechters' en 'kansen-rechters'*

Mijn – ik geef het toe – radicale voorstel is het idee van de T-vormige rechter op dit punt op te geven en de grenzen van de deskundigheid te erkennen. In mijn voorstel zouden kanstheoretici en statistici niet slechts, zoals nu in toeneemende mate gebeurt, als deskundigen moeten worden gehoord; zij zouden daadwerkelijk als rechters deel moeten uitmaken van bepaalde rechtscolleges. Pas dan kan het rechterlijke college, bij monde van de kansen-rechter, veel gericht en veel kritischer vragen stellen aan deskundigen dan een T-vormige juridisch-rechter ooit zou kunnen doen. Bovendien kan het college zo in de raadkamer discussiëren en tot een gewogen oordeel over 'de feiten' en de bewijsbeslissing komen. Kanstheoretici en statistici zijn geen materiedeskundigen zoals psychiaters, chemici of biologen, maar zij zijn bij uitstek in staat deze materiedeskundigen op de door hen gebruikte (statistische) methoden,

redeneringen en conclusies te bevragen. Daarmee kunnen kansen-rechters, beter dan juristen, rapporten van deskundigen kritisch toetsen en onderzoeken of en zo ja welke kansen uit de rapporten kunnen worden afgeleid.

De rol van de kansen-rechter is echter niet beperkt tot het bevragen van deskundigen en het beoordelen van hun rapporten. Een zeker zo belangrijke rol kunnen zij spelen bij het kritisch toetsen van de bewijsredenering als geheel. Dit punt vergt enige toelichting. Kanstheoretici zijn, net als rechters, niet bij uitstek deskundig te beoordelen wat er ‘werkelijk’ gebeurd is, maar veeleer om bepaalde aspecten van modellen of scenario’s van de werkelijkheid te beoordelen. De kerncompetentie van de juridisch-rechter betreft niet de beoordeling van wat er ‘werkelijk’ gebeurd is, maar van de juridische kwalificaties en de juridische implicaties, indien een bepaald feit of een bepaald scenario voor waar wordt gehouden. Op gelijke wijze is de kerncompetentie van de kansen-rechter niet de beoordeling wat er ‘werkelijk’ gebeurd is, maar van de statistische kwalificaties en statistische implicaties indien bepaalde aannamen worden gedaan. Daarom kan de kansen-rechter niet alleen een belangrijke rol spelen bij de beoordeling van het vaak in kwantitatieve termen geformuleerde technische bewijs, maar evenzeer bij de beoordeling van de statistische kwalificaties en implicaties van kwalitatief geformuleerde kansen en van statistische redeneringen die impliciet of expliciet in een scenario als geheel besloten liggen.

Het voorgaande maakt ook duidelijk waarom ik niet over de ‘feiten-rechter’ spreek, maar de term ‘kansen-rechter’ gebruik. Ten eerste heb ik gesteld dat de kansen-rechter niet primair oordeelt over de feiten, maar over de deugdelijkheid van statistische beweringen en redeneringen. Ik verdedig dus ook niet de opvatting dat de kansen-rechter het laatste woord zou moeten krijgen in de bewezenverklaring van de onderliggende feiten. Ten tweede is en blijft het in laatste instantie aan de juristen om te bepalen of de feiten gekwalificeerd kunnen worden als juridische feiten, als strafbaar feit, als contractbreuk, als onrechtmatige (overheids)daad, etc. en wat daarvan de juridische implicaties zijn. Het is dan ook nadrukkelijk niet mijn bedoeling de regels van juridische waarheidsvinding te vervangen door die van wetenschappelijke waarheidsvinding. Integendeel, de kansen-rechter moet zich grotendeels voegen in het materiële en het procesrecht en zijn kennis en kunde inbrengen binnen de grenzen van het positieve recht.

Men kan echter de vraag stellen waarom het beter is een kans-expert op te nemen in een rechtscollege dan haar te ondervragen als deskundige of om haar als interne adviseur of als kansen-griffier onder handbereik te hebben. Zoals ik al aangaf kan de kansen-rechter de deskundigen veel beter ondervragen dan de juridisch-rechter; een adviseur of griffier mag dat niet doen. Bovendien kun-

nen alleen dan de verschillende disciplines op voet van gelijkheid met elkaar overleggen, met name in de raadkamer. Daardoor kan niet alleen de eerdergenoemde *prosecutor's fallacy* voorkomen worden, maar ook andere aspecten van de bewijsredenering kunnen kritisch besproken en getoetst worden. Ik ben bijna 12 jaar lid geweest van een deskundigencommissie, te weten de Regionale Toetsingscommissie Euthanasie (RTE) waarin een jurist, een arts en een ethicus zitting hebben. De motivering voor deze samenstelling wordt in de pre-wettelijke Regeling van de RTE's uit 1998 kernachtig weergegeven. In de toelichting bij artikel 4 wordt gesteld: "Een kleine commissie met daarin medische, juridische en ethische kennis en vaardigheden achten wij het meest geschikt voor de beoogde brede en evenwichtige beoordeling van levensbeëindiging op verzoek of hulp bij zelfdoding. De medische en juridische inbreng is vanzelfsprekend nodig vanwege de aan de orde zijnde problematiek. Daarnaast wordt van de deskundige op het gebied van ethische of zingevingsvraagstukken een nuttige bijdrage verwacht voor wat betreft een systematische bezinning op relevante normen en waarden." Ik heb zelf ervaren dat het elkaar bevragen op elkaars specifieke expertise leidt tot aanscherping van eigen én andermans inzichten en dat het leidt tot meer diepgaande en betere oordeelsvorming. Mijn ervaringen in de RTE hebben me ook geleerd dat deze samenwerking er niet in resulteert dat de jurist (of de ethicus) na een aantal jaar zelf de medische aspecten kan beoordelen. De arts blijft onmisbaar. Dat betekent echter niet dat de jurist overbodig is, integendeel. Ook hier heeft de jurist tot taak de juiste toepassing van het materiële recht en de procedures en de verantwoordelijkheden en de bevoegdheden te bewaken.

4.4.6 *Openbreken van het juridische monopolie*

Ik realiseer me dat ik een controversieel voorstel doe. Ik stel immers voor het juridische monopolie op de rechtspraak open te breken. Zijn daar gegronde bezwaren tegen? Kern van rechtspraak is, naast deskundigheid, onpartijdigheid en onafhankelijkheid, met name ten opzichte van de andere staatsmachten. Ik zie geen reden waarom een niet-jurist niet in staat zou kunnen zijn de rechterlijke rol onafhankelijk en onpartijdig te vervullen. Een ander argument tegen het openbreken van het juridische monopolie is dat de rechtspraak daarmee technocratisch dreigt te worden. Het idee van recht als autonoom of – in de woorden van Niklas Luhmann – 'autopoietisch' rechtssysteem zou daarmee worden ondermijnd. Ik volsta met twee korte reacties. Ten eerste bestaan er al deskundigencolleges; het introduceren van kansen-rechters is dus geen radicale breuk met het huidige systeem. Ten tweede, en belangrijker, het is weliswaar kenmerkend voor 'modern' recht dat het enigszins autonoom is ten opzichte van omringende systemen of 'rationaliteiten', meer in het bijzonder ten opzichte van moraal, politiek en wetenschap, maar het recht mag niet van

die andere systemen vervreemd raken. Net zoals het positieve recht zich – op straffe van verlies aan legitimiteit en effectiviteit – niet geheel kan loszingen van de positieve moraal, van de redelijkheid en billijkheid en het in Nederland levende rechtsbewustzijn, zo kan het positieve recht zich evenmin geheel losmaken van algemeen gedeelde wetenschappelijke opvattingen over waarheid en waarschijnlijkheid.

Er is echter nog een ander argument tegen mijn voorstel denkbaar. Een college of meervoudige kamer zou bijvoorbeeld uit twee juristen en één kans-deskundige kunnen bestaan of – in zeer complexe en omvangrijke zaken – uit drie juristen en twee kans-deskundigen. Met één of twee deskundigen op het terrein van statistiek en kansrekening in een college, wordt slechts één of hooguit twee specifieke opvatting(en) over statistiek en kansrekening binnengehaald. Dit argument snijdt zeker enig hout. Statistici en kans-theoretici zijn het immers niet over alle onderwerpen eens; zij zijn het zelfs op sommige fundamentele punten oneens. Er lijkt echter wel een gemeenschappelijke kern af te bakenen waarover zij het beargumenteerd eens zijn en het lijkt ook mogelijk beargumenteerd aan te geven over welke vraagstukken geen overeenstemming bestaat. Een kansen-rechter zal zijn beoordeling van kansen op dat onomstreden deel moeten baseren. Ik vermoed overigens dat die afbakening beter mogelijk is dan in bijvoorbeeld de psychologie en de psychiatrie, de twee disciplines die in de penitentiaire kamer vertegenwoordigd zijn. Hierbij moet overigens bedacht worden dat ook rechters het onderling niet over alle juridische kwesties eens zijn. Net zoals rechterlijke uitspraken worden beoordeeld, vergeleken en bekritiseerd in termen van rechtsgelijkheid, rechtszekerheid en rechtseenheid, zo kunnen ook de kans-gelijkheid, kans-zekerheid (een mooie paradoxale term) en kans-eenheid van uitspraken worden beoordeeld en met de aanstelling van kansen-rechters bevorderd worden. Het belangrijkste is echter dat het rechtscollege in meerderheid blijft bestaan uit juristen die verantwoordelijk zijn en blijven voor de juiste toepassing van het materiële en vooral ook van het procesrecht.

4.4.7 *Paard van Troje?*

Mijn analyse van de kansen-rechter is te kort om harde conclusies te trekken. Ik zie vooralsnog vooral voordelen aan het openbreken van het juridische monopolie op de rechtspraak. Ik kan mij echter voorstellen dat niet alle juristen mijn voorstel op het 150^e verjaardagsfeest van de NJV als geschenk binnenhalen en eerder geneigd zijn te waarschuwen voor een Trojaans paard. Die neiging tot waarschuwen wordt misschien nog wel sterker gevoeld nu Mark Bovens in zijn preadvies heeft laten zien dat het aanzien en aandeel van juristen in de wetgevende en uitvoerende macht de afgelopen 150 jaar ook minder groot is geworden.

Juristen zouden mijn suggestie echter ook als een aantrekkelijk voorstel kunnen omarmen. Mijn voorstel laat immers onverlet dat juridische expertise onmisbaar blijft in een democratische rechtsstaat, zowel in de drie staatsmachten, als daarbuiten. De onmisbaarheid van juristen staat voor mij buiten kijf. Tegelijk staat die niet in de weg aan de eis dat zij, misschien wel inniger dan gedacht of gewenst, moeten samenwerken met professionals uit andere disciplines om zo tot betere en beter onderbouwde juridische oordelen te komen.

4.5 Conclusie

Ik ben mijn preadvies begonnen én geëindigd met de autonomie en de monopoliepositie van juridische professies. Ik begon met de stelling dat de toegenomen belangstelling voor beroepsethiek en gedragscodes meer met autonomie en monopolie dan met moraal te maken lijkt te hebben. Ik eindigde met de stelling dat de monopoliepositie van juristen in de rechtspraak aan heroverweging toe is. Daartussenin heb ik betoogd dat beroepsethische theorieën, codes en kernwaarden slechts in beperkte mate een handvat bieden voor het voorkomen, signaleren, analyseren en oplossen van integriteitsproblemen en dat de nadruk meer zou moeten liggen op het aanleren van *soft skills* en het bekend worden met en leren toepassen van sociaalpsychologische theorieën.

Vier stellingen bij het preadvies van Anne Ruth Mackor

1. Professies gebruiken gedragscodes en kernwaarden als instrumenten om aanzien en autonomie te claimen en monopolieposities te vestigen, te verdedigen of te versterken.
2. *Soft law*, zoals gedragscodes, en professie-ethische theorieën bieden slechts in beperkte mate een handvat voor het voorkomen, signaleren, analyseren en oplossen van integriteitsproblemen.
3. Er moet meer aandacht komen voor *soft skills*, zoals sensitiviteit voor morele kwesties, en voor sociaalpsychologische theorieën, als instrumenten om integriteitsproblemen te voorkomen, signaleren, analyseren en op te lossen.
4. Het monopolie van juristen op de rechtspraak moet worden opgebroken. Kansen-rechters, dat wil zeggen deskundigen op het terrein van statistiek en waarschijnlijkheidsleer, moeten in de rechtspraak worden geïntroduceerd.

Wetenschappelijke literatuur

- Andrew Abbott, *The System of Professions: An Essay on the Division of Expert Labor*, Chicago: University of Chicago Press 1988.
- Albert Bandura, 'Selective Moral Disengagement in the Exercise of Moral Agency', *Journal of Moral Education*, Vol. 31, No. 2, 2002, p. 101-119.
- Ulrich Beck, *Risikogesellschaft. Auf dem Weg in eine andere Moderne*, Frankfurt am Main: Suhrkamp 1986.
- Mark Bovens, 'Het gezag van de juristen. Een empirische verkenning', *NJV preadvies* 2020.
- C. Dales, *Om de integriteit van het openbaar bestuur*, toespraak tijdens het VNG-congres op 2/3 juni 1992, Apeldoorn.
- John M. Darley & Bibb Latané, 'Bystander Intervention in Emergencies: Diffusion of Responsibility', *Journal of Personality and Social Psychology* 1968, Vol. 8, No. 4, 377-383.
- J.W. de Keijzer, H. Elffers, R.M. Kok & M.J. Sjerps, *Bijkans begrepen? - feitelijk en vermeend begrip van forensische deskundigenrapportages onder rechters, advocaten en deskundigen*, Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2009.
- Michel Foucault, *Surveiller et Punir: Naissance de la Prison*, Parijs: Gallimard 1975.
- Eliot Freidson, *Professionalism. The Third Logic*, Cambridge: Polity Press 2001.
- Gerd Gigerenzer, *Gut Feelings. The Intelligence of the Unconsciousness*, London: Penguin Books 2008.
- H.L.A. Hart, 'Positivism and the Separation of Law and Morals', *Harvard Law Review*, Vol. 71, No. 4 (Feb., 1958), p. 593-629.
- E. Adamson Hoebel, 'Law-Ways of the Primitive Eskimos', *Journal of Criminal Law and Criminology*, Volume 31, Issue 6, March-April 1941, p. 663-683.
- Ivan Illich, *Disabling Professions*, London: Marion Boyars 1977.
- Daniel Kahneman, *Thinking, fast and slow*, London: Penguin Books 2011.
- Peter J. van Koppen en Anne Ruth Mackor, 'A Scenario Approach to the Simonshaven Case, Forthcoming' in: Henry Prakken, Floris Bex and Anne Ruth Mackor (editors), *TopiCS, Topic: Models of Rational Proof in Criminal Law*, doi.org/10.1111/tops.12429.
- Niklas Luhmann, 'Operational Closure and Structural Coupling: The Differentiation of the Legal System', 13 *Cardozo L. Rev.* (1991), p. 1419-1441.
- Anne Ruth Mackor, 'Grenzen aan professionele autonomie', *RMThemis* 172 (2011) 4, Themanummer Professionele Autonomie, p. 143-150.
- Anne Ruth Mackor, 'Rechterlijke macht: geschraagd of ondermijnd door kernwaarden?', *RMThemis* 175 (2014) 1, 2014, 6-9.

- Anne Ruth Mackor, 'Rechterlijke gedragscodes. Over hun juridische status en het vertrouwen in de rechtspraak' in: H.D. Tolsma & P. de Winter (red.) *De wisselwerking tussen recht en vertrouwen bij toezicht en handhaving*, Den Haag: Boom Juridisch 2017, p. 87-110.
- Elaine Mak, 'Het gezag van de juristen. Een normatieve reflectie', *NJV-preadvies* 2020.
- NJV-preadvies over de *Herijking van de juridische opleidingen*, Handelingen Nederlandse Juristen-Vereniging, 148e jaargang/2018, Wolters Kluwer 2018.
- David Osborne & Ted Gaebler, *Reinventing Government*, Reading MA: Adderson-Wesley Publishing Company 1992.
- Art Padilla, Robert Hogan, Robert B. Kaiser, 'The toxic triangle: Destructive leaders, susceptible followers, and conducive environments', *The Leadership Quarterly* 18 (2007), p. 176-194.
- Judea Pearl and Dana Mackenzie, *The Book of Why. The New Science of Cause and Effect*, Penguin Random House UK 2019.
- Kathie L Pelletier, Janet L Kottke and Barbara W Sirotnik, 'The toxic triangle in academia: A case analysis of the emergence and manifestation of toxicity in a public university', *Leadership* 2019, Vol. 15(4), p. 405-432.
- Henry Prakken, 'Kansoordelen door deskundigen: over 'logisch' rapporteren en wat daarbij mis kan gaan', *Ars Aequi*, volume 67 (2018), p. 740 - 747.
- Gustav Radbruch: 'Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht', *Süd-deutsche Juristenzeitung* 1946 (1), p. 105-108.
- James Rest, Background: 'Theory and Research', in: *Moral development in the professions: psychology and applied Ethics*, James R. Rest and Darcia Narváez, editors, New Jersey, Lawrence Erlbaum Associates, Inc., Publishers, Hillsdale, 2009 p. 1-26.
- Max Weber, *Wetenschap als beroep/Politiek als beroep*, Amsterdam: Uitgeverij Van Tilt 2012.
- Pauline Westerman, *Outsourcing the Law. A Philosophical Perspective on Regulation*, Cheltenham: Edward Elgar Publishing 2018.

Overige bronnen

- Beleidsuitgangspunten wettelijk geregeld tuchtrecht*, Rapport van de werkgroep tuchtrecht, Den Haag 7 december 2006.
- Briefadvies Vrijheid van wetenschapsbeoefening in Nederland 2018*, www.knaw.nl/shared/resources/actueel/publicaties/pdf/briefadvies-vrijheid-van-wetenschapsbeoefening-in-nederland (laatst geraadpleegd 8 februari 2020).
- Commissie Advocatuur (Commissie Van Wijmen), *Een maatschappelijke Orde*, 24 april 2006.

- Gedragscode OM, 2012, www.om.nl/@25023/gedragscode (laatst geraadpleegd 7 februari 2020).
- Bas Haan, *Justitie liet gevoelige informatie weg, de Kamer wil antwoorden*, nos.nl/nieuwsuur/artikel/2325748-justitie-liet-gevoelige-informatie-weg-de-kamer-wil-antwoorden.html (laatst geraadpleegd 5 maart 2020).
- Marcel Haenen, ‘Op politiebureau in Schilderswijk heersen discriminatie, geweld en een “ongezonde cultuur”’, *NRC Handelsblad* 13 september 2019.
- Marcel Haenen, ‘Klagers OM voelen zich behandeld als kleine kinderen’, *NRC Handelsblad* 13 december 2019.
- Het welzijn van de filosofie PhD: schokkende cijfers en levendige discussies, 10 januari 2020. www.ozsw.nl/external-news/het-welzijn-van-de-filosofie-phd-schokkende-cijfers-en-levendige-discussies/ (laatst geraadpleegd 7 februari 2020).
- Frank van Kolf Schooten, Clara van de Wiel & Maarten Huygen, ‘Wetenschappers te afhankelijk van geldschietters’, *NRC Handelsblad* 1 september 2018.
- Edwin Kreulen, ‘Een liefdesaffaire, machtsmisbruik en leugens: Een justitie-drama in negen bedrijven’, *Trouw* 25 april 2019.
- Hugo Logtenberg en Clara van de Wiel, ‘Bij hoogleraar B. moesten de vrouwen hakken dragen’, *NRC Handelsblad* 14 mei 2019.
- Mark Middel, ‘Wantrouwen onder personeel rechtbank Noord-Nederland’, *NRC Handelsblad* 14 november 2019.
- Marijke Naezer, Marieke van den Brink, Yvonne Benschop, *Harassment in Dutch academia. Exploring manifestations, facilitating factors, effects and solutions*, Commissioned by the Dutch Network of Women Professors (LNVH), 2019. www.lnvh.nl/a-3078/harassment-in-dutch-academia-exploring-manifestations-facilitating-factors-effects-and-solutions (laatst geraadpleegd 31 december 2019).
- Nederlandse Gedragscode Wetenschappelijke Integriteit, 2018, www.vsnu.nl/wetenschappelijke_integriteit.html (laatst geraadpleegd 8 februari 2020).
- NVvR Rechsterscode, 2011 nvvr.org/over-nvvr/kernwaarden (laatst geraadpleegd 7 februari 2020).
- RvdR Gedragscode Rechtspraak, 2011, www.rechtspraak.nl/Voor-advocaten-en-juristen/Reglementen-procedures-en-formulieren/Paginas/Gedragscode--Rechtspraak.aspx (laatst geraadpleegd 7 februari 2020).
- Rapport van de Onderzoekscommissie Openbaar Ministerie (Commissie Fokkens), Den Haag, april 2019, www.rijksoverheid.nl/documenten/rapporten/2019/04/25/bijlage-2-rapport-van-de-onderzoekscommissie-openbaar-ministerie (laatst geraadpleegd 9 februari 2020).
- Regeling van de Ministers van Justitie en van Volksgezondheid, Welzijn en Sport tot instelling van regionale commissies voor de toetsing van gemelde gevallen van levensbeëindiging op verzoek en hulp bij zelfdoding (Regeling

regionale toetsingscommissies euthanasie), 27 mei 1998, Nr. 698972/98/6, Staatscourant 1998, 101, p 10. zoek.officielebekendmakingen.nl/stcrt-1998-101-p10-SC14079.html (laatst geraadpleegd 7 februari 2020).

Sociale Veiligheid van Medewerkers op Universiteiten, Onderzoek in opdracht van FNV en VAWO, 2019, www.fnv.nl/nieuwsbericht/sectornieuws/fnv-overheid/2019/05/helft-universiteitspersoneel-ervaat-sociaal-onvei (laatst geraadpleegd 31 december 2019).

Kernwaarden voor juristen?

*Jos Silvis**

Inhoud

5.1	Inleiding	111
5.2	Kernwaarden voor advocaten	116
5.3	Kernwaarden voor aanklagers	119
5.4	Kernwaarden voor rechters	122
5.5	Het rechterlijk domein	126
5.6	Professionele standaarden	135
5.7	Slot	140

* Met dank aan Nathalie Kirkels-Vrijman voor haar steun bij de voorbereiding van deze beschouwing, in het bijzonder met betrekking tot het rechterlijk domein.

Jos Silvis

5.1 Inleiding

1. Een belangrijke verdienste van het preadvies van Anne Ruth Mackor is dat daarin de uitnodiging ligt besloten het debat over juristenethiek in een ruimere context te bespreken dan, zoals vaak gebeurt, in de beperkte marge van toepasselijke gedragscodes en onrealistische morele dilemma's van individuele professionals. Haar betoog heeft drie hoofdlijnen. Zonder de betekenis van gedragscodes te miskennen, vestigt zij allereerst kritische aandacht op een sluipend voltrokken evolutie naar kernwaarden in de gedragscodes, die niet gedreven schijnt door ethische motieven. De opkomst van New Public Management (NPM) waarmee de focus op kernwaarden voor (ook) juridische professionals is verbonden, bespreekt Mackor met scepsis. NPM heeft de autonomie van professionals opgeofferd aan toezicht en controle, zo signaleert zij hun zorg. In plaats van vertrouwen te stellen in toezicht en controle, bepleit zij vervolgens de toepassing van *soft skills* om bewustzijn en naleving van ethische normen, in het bijzonder van integriteit, te bevorderen. De derde hoofdlijn in het betoog van Mackor betreft deskundigheid. Juridische beslis-sers horen in te staan voor de kwaliteit van hun beslissingen. Deskundigheid is de op het oog minst ethische van de waarden, stelt Mackor, maar die is wel van eminent belang. Dat geldt ook voor de materie-deskundigheid ten behoe-ve van goede juridische besluitvorming.¹ Rechters maken veelvuldig gebruik van statistiek en van (voorwaardelijke) kansen. Maar snappen de rechters wel voldoende van de waarschijnlijkheidsleer? Wanneer aannemelijk is dat rech-ters in die materie-deskundigheid tekortschieten, wordt het dan niet tijd om ter zake deskundigen in de rechterlijke colleges op te nemen? Anne Ruth Mackor bepleit het opnemen van kansenrechters, deskundigen in de waarschijnlijkheidsleer, in de gerechten. Het preadvies van Mackor is een debat meer dan

1 Materiedeskundigheid vat ik hier niet beperkt op als specialisme beperkt tot de empirische werkelijkheid, maar als omvattend theoretische en methodologische expertise.

waard. Ik streef als preadviseur geen hoger doel na dan een bescheiden aanzet te geven voor dat debat.

2. De tegenwoordig Rotterdamse hoogleraar Wibren van der Burg signaleerde in een interessante beschouwing het in ethisch opzicht bijzondere karakter van de juridische professie.² Voor juristen is er namelijk een heel specifiek soort invloed van het recht op de professionele moraal. Hun beroep is gericht op het recht, bestudeert het, interpreteert het en past het toe. Hun praktijk is een argumentatieve, interpreterende en toepassende praktijk waarbij het recht centraal staat. Voor de meeste juridische professies geldt bovendien dat ze in belangrijke mate gericht zijn op een waarde, die ook een morele waarde is: rechtvaardigheid. Hij oppert dat de morele normen en waarden van juristen beïnvloed zouden kunnen worden door het feit dat hun professionele praktijk een juridische is, met een differentiatie naar gelang welke juridische professie wordt vervuld. Deze doorwerkingshypothese veronderstelt dat de ethiek die eigen is aan een bepaalde juridische professie, bijvoorbeeld advocaat, rechter of aanklager, gevolgen heeft voor de morele attitude van de personen in de specifieke beroepsgroep. Die veronderstelling kan steun vinden in de sociaalpsychologische werking van cognitieve dissonantie.³ Los daarvan ligt het al voor de hand dat bij de beroepskeuze een tenminste sluimerende dispositie voor de waarden van een professie meespeelt. Maar delen de juristen ondanks de differentiatie in beroepsuitoefening geen gemeenschappelijke waarden?

3. Juristen beoefenen zozeer uiteenlopende beroepen dat de vraag naar een gemeenschappelijke professionele ethiek gerechtvaardigd is. Toch meen ik dat die gemeenschappelijke normatieve oriëntatie van juristen er wel is, althans hoort te zijn, te weten in de vooropstelling van een loyaliteit aan de *rule of law* en de daarmee noodzakelijk samenhangende kernwaarden. Neem de traditionele togadragers in het recht: advocaten, rechters en aanklagers.⁴ Voor elk van deze professies is verbondenheid met de *rule of law* essentieel.⁵ In mijn ogen is dat idealiter de leidende kernwaarde, zeker voor alle juristen, niet alleen voor togadragers maar ook voor de anderen die zich al honderdvijftig jaar verenigen in de NJV. In die verbondenheid zetelt het 'juridisch geweten' waaraan Fokkens in 2004 refereert wanneer hij oppervlakkigheid in het debat over terrorisme bekritiseert voor zover daarin minimumeisen van rechtsstatelijkheid niet

2 Wibren van der Burg, Morele beroepsdeformatie. Enkele hypothesen over de professionele moraal van juristen. In: Ethiek en het juridische beroep. Onder red. L.E. de Groot-van Leeuwen en L.H.A.J.M. Quant, pp. 13-34.

3 Hierover: Daniel Markovits, Legal Ethics from the Lawyer's Point of View, in: Yale Journal of Law & Humanities, 2013, Vol. 15/Issue2.

4 Togadragers in de rechtsstaat. De juridische professies en de toegang tot het recht. Onder red. E. Bauw, M.E. de Meijer, M. Westerveld, D.J.B. de Wolff, Boom Juridisch, derde druk 2019.

5 Tom Bingham, the Rule of Law, Penguin Books London 2010.

worden gerespecteerd.⁶ Wil de loyaliteit aan de rechtsstaat vruchtbaar zijn moet er wel een context zijn van systeemwaarborgen voor de heerschappij van recht.⁷ De mogelijk belangrijkste waarborg voor een aanvaardbare rechtsorde is de toegang tot de rechter voor rechtzoekenden. Daarmee hangen eisen samen die te stellen zijn aan de professionele en ethische kwaliteit van de juridische dienstverlening en aan de financiering van rechtsbijstand, opdat het recht op een eerlijk proces praktisch en effectief benut kan worden.

4. *Rule of law* en rechtsstaat (*prééminence du droit* of *Etat de droit*) worden in specifieke betekenissen van elkaar wel onderscheiden, maar in de context van deze beschouwing zijn die verschillen niet van belang. Of het nu *rule of law* is of rechtsstaat, het gaat om het uitgangspunt dat, in de verhouding van burger en Staat, burgers behandeld worden met als uitgangspunt hun onvervreembare waardigheid, op basis van gelijkheid overeenkomstig geldend recht met de praktische mogelijkheid beslissingen te kunnen aanvechten voor een onafhankelijk en onpartijdig gerecht. Niet een goddelijk ideaal, de sharia of het charisma van een krachtig leider, maar democratisch recht staat voorop. Dat kan dienen als de inspirerende leidraad voor juristen, terwijl zij als professionals ook verantwoordelijkheid dragen voor de realisering en de verdere ontwikkeling ervan. In het ideaal van de rechtsstaat wordt de publieke macht niet alleen beperkt door een juridische ordening maar wordt die daar ook door gelegitimeerd. In een democratische rechtsstaat is de legitimiteit van de juridische ordening uiteindelijk ontleend aan de invloed van het electoraat, maar niet onvoorwaardelijk. Bekendheid met het immense gevaar dat een totalitair regiem kan verrijzen op basis van een electorale meerderheid, heeft niet alleen politiekfilosofen en juristen maar ook veel politici van uiteenlopende richtingen doordrongen van de onmisbare betekenis van waarborging van fundamentele rechten en vrijheden van de mens, als voorwaarde voor een legitieme democratische rechtsstaat. Met die herinnering aan de *droits de l'homme et du citoyen* kan het verhaal van politiekfilosofen als Montesquieu, Rousseau, Locke en Dicey levend gehouden worden.

5. De rol van de soevereine Staat in de samenleving is in de afgelopen honderdvijftig jaar ingrijpend veranderd. De hoofdlijnen van die veranderingen kunnen als volgt worden geschetst. Het succes van de rechtsstaat valt oorspronkelijk samen met een opkomende burgerlijke elite, die een economische positie verworft in de zich industrialiserende samenleving. De industriële samenleving kwam voort uit de (veelal feodaal georganiseerde) agrarische samenleving. De organisatie van functies, taken en tijd zorgde voor de industriële massaproductie.

6 Rede van de voorzitter van de Nederlandse Juristen-Vereeniging, prof. mr J.W. Fokkens, op 11 juni 2004. In: *NJB* 2004, afl. 27, p. 1346-1351, p. 1351.

7 Ook als die waarborgen ontbreken past juristen morele moed: Kees Schuyt, R.P. Cleveringa, *Recht, onrecht en de vlam der gerechtigheid*, 2019.

tie. Het patroon dat begon in het economisch systeem en in de militaire technologie werd omhelsd door de staatsbureaucratie. De term industriële samenleving duidt een samenleving aan waarin vrijwel alle facetten van de samenleving worden beïnvloed door de organisatie van de productie. Tussen de industriële samenleving en de opkomst van de rechtsstaat bestaat, historisch gezien, een belangwekkend verband. Ongelijkheid, armoede, onvrede over de inrichting van de samenleving kon in een zich ontwikkelende rechtsstatelijke context door pacificaties tot oplossingen leiden, zonder revolutie. Democratie opgevat als pure macht voor een meerderheid kent gevaren die strijdig zijn met uitgangspunten van rechtsstatelijk denken. Fundamentele rechten en vrijheden moeten worden gerespecteerd. En aan de roep om sociale rechten kan niet worden voorbijgegaan wil een maatschappelijke vrede worden bereikt. In de schepping van de verzorgingsstaat is in de naoorlogse situatie een antwoord gevonden op het dilemma tussen de vrije markt en de waarborging van een behoorlijk bestaan voor alle burgers die een voorwaarde is voor maatschappelijke vrede.

6. De groeiende overheidsbureaucratie die onbedoeld voortkwam uit het ideaal van de verzorgingsstaat is gestuit op beperkingen van de maakbaarheid van de samenleving. Deregulering, publiek-private samenwerking en marktwerking in domeinen van overheidstaken kwamen in zwang. Dat is de context waarin New Public Management tot bloei kwam. Niet alleen de binding aan de wet, maar ook de meetbare effectiviteit en de efficiency waarmee doelstellingen in de publieke sector worden bereikt komen centraal te staan. New Public Management wordt door Anne Ruth Mackor in haar preadvies aangewezen als ideologie met een agenda die de autonomie van (ook juridische) professionals beknot.⁸ Mackor beziet de zegetocht van kernwaarden voor professionals met scepsis omdat die met de opkomst van NPM is verbonden. De agenda achter aangeprezen kernwaarden zou zijn gericht op inperking van de autonomie van professionals. Die inperking schuurt met de authentieke aanspraak van professionals op een hoge mate van autonomie. Hun kennis is in het domein van professionaliteit leidend en anderen moeten er maar op vertrouwen dat die goed wordt toegepast. Er is met de invoering van New Public Management onmiskenbaar sprake van een herschikking van vrijheden en verantwoordelijkheden. In een maatschappelijke omgeving waarin collectieve inspanningen gericht op arbeidsparticipatie domineren boven die van bescherming tegen uitsluiting, waarin marktwerking wordt aanvaard als alternatief voor een falende staatsbureaucratie, waarin publieke voorzieningen selectiever, minder algemeen, beschikbaar worden gesteld, ontstaat een noodzaak van sturing op resultaat met financiële prikkels. Daarmee verbonden is de logica van controle en toezicht (met targets, protocollen, contractualisme e.d.):

8 Zie ook A.R. Mackor, Grenzen aan professionele autonomie, in: THEMIS 2011-4, p. 143-150.

“By focusing on management and efficiency, the normative discourse of public administration shifted from legality and public ethos to corporate values, philosophies and objectives.”⁹

7. Als de manager intervenieert wordt dienstbaarheid aan niet-professionele normen afgedwongen, zoals de onderwerping aan de (quasi) rationaliteit van de markt met inachtneming van efficiency en kosteneffectiviteit. Niet alleen moet verantwoording afgelegd worden in het professionele domein, dit geldt ook ten aanzien van het publieke domein met betrekking tot publieke doelstellingen.¹⁰ Voor de uitvoerende professionals impliceren deze veranderingen dat zij uit hun schulp moeten komen, dat zij soms gedwongen worden zich reken-schap te geven van hun beslissingen bepaalde zaken wel en andere niet aan te pakken en dat zij daarbij niet de logica van de professionele besluitvorming zonder meer voorop kunnen stellen; afhankelijk van de aard van de organisatie kan vanuit management naar de resultaten van de professionele interventie worden gekeken. De professional boet aan autonomie in, maar daar staat dan tegenover dat andere effecten vanuit het publieke belang positief te waarden zijn.¹¹ Het is daarbij van belang op te merken dat efficiency geen politiek gekleurde waarde is. De aandacht voor efficiency die NPM opeist is technisch of productief van aard, maar niet noodzakelijk verbonden met een bepaalde ideologie van maatschappelijke verdeling. NPM hoeft niet verbonden te zijn met utilitarisme. NPM hangt niet noodzakelijkerwijze met een bepaalde theorie van rechtvaardigheid samen. NPM betreft interne processen en structuren van publieke organisaties en die is op zich verenigbaar met een utilitaire, libertaire, egalitaire of een andere theorie van rechtvaardigheid. De doelen van publiek beleid kunnen op vele manieren worden gerealiseerd. NPM gaat over een bepaalde wijze van realisatie en kan naar de aard van de organisatie worden gemodelleerd.¹² Van leiderschap binnen de rechterlijke organisatie mag in ieder geval worden gevergd pal te staan voor respectering van het rechterlijk domein.¹³ Is NPM bedreigend voor de juridische professional? De organisatorische context is voor advocaten aanklagers en rechters zeer verschillend. Advocaten werken in private ondernemingen groot en klein, officieren van justitie in een overheidsinstelling met een overwegend hiërarchische structuur die

9 Jon Pierre and Bo Rothstein, *How Should The State Behave? The New Public Management versus The New Weberianism*. Paper ECPR Joint Sessions of Workshops, Rennes, April 11-15, 2008, p. 8.

10 Hans de Bruijn, *Prestatiemeting in de publieke sector. Tussen professie en verantwoording*. Lemma Utrecht 2001, p. 11: Een onvruchtbaar debat: publieke professie versus verantwoording.

11 Romke van der Veen, *De rol van professionals in een veranderende verzorgingsstaat*, in: *Macht en verantwoordelijkheid. Essays voor Kees Schuyt*. Onder redactie J.W. Duyvendak, G. Engbersen, M. Teeuwen, I. Verhoeven, Amsterdam 2007, p. 149-160.

12 In Magali Sarfatti Larson, *The Rise of Professionalism. Monopolies of Competence and Sheltered Markets*, New York, 1977/2013, wordt bij de bespreking van ‘The Conflict between professions and bureaucracies’ in hoofdstuk 11 het belang benadrukt van de verschillende typen organisaties.

13 Alex Brenninkmeijer, *Moreel leiderschap*, Prometheus Amsterdam 2019.

ook de inhoud van de professionele activiteit betreft en rechters in een overheidsinstelling met daarbij noodzakelijk kenmerkende sterke garanties voor autonomie binnen het rechterlijk domein.

5.2 Kernwaarden voor advocaten

8. In de wereld van recht kunnen de ethische posities van professionals niet goed los van elkaar worden gezien. Ik stelde voorop dat juristen als gemeenschappelijke kernwaarde de loyaliteit aan de *rule of law* kunnen hebben. Geldt die loyaliteit ook voor advocaten? Zonder partijdige verdedigers van gerechtvaardigde belangen van rechtzoekenden is een rechtsstaat niet denkbaar. Een advocaat die primair loyaal is aan de rechtsstaat steekt zich daardoor niet in een knellend keurslijf.¹⁴ Dat de wijze van belangenbehartiging in een concrete zaak een goede rechtsbedeling mogelijk niet ten goede komt, laat onverlet dat het geldend maken van verdedigingsrechten in algemene zin wel een voorwaarde is voor eerlijke procesvoering. De verhouding tussen de rol van advocaten en de waarden van de rechtsorde is evenwel niet onomstreden. Was het streven naar een zesde kernwaarde, de vooropstelling van een dienstbaarheid aan de goede rechtsbedeling, in de Advocatenwet een poging de autonomie van een beroepsgroep aan banden te leggen? Of ging het erom de verbinding van de advocaat met de rechtsstaat in codificatie vast te leggen? Wat is het ethisch perspectief van waaruit een advocaat hoort te opereren?

Artikel 3 lid 2 van de Advocatenwet bepaalt dat een advocaat bij toelating de navolgende eed of belofte aflegt: “Ik zweer (beloof) getrouwheid aan de Koning, gehoorzaamheid aan de Grondwet, eerbied voor de rechterlijke autoriteiten, en dat ik geen zaak zal aanraden of verdedigen, die ik in gemoede niet gelove rechtvaardig te zijn.” Uit deze formule blijkt dat de wetgever waarde hecht aan het persoonlijke morele besef van de advocaat, dat, zo begrijp ik de woorden ‘in gemoede’, vrij dient te zijn van opportunistisme. De kernwaarden voor de advocatuur zijn neergelegd in artikel 10a, eerste lid, van de Advocatenwet, zoals die sinds 2015 geldt. Dit artikel luidt:

“In het belang van een goede rechtsbedeling draagt de advocaat zorg voor de rechtsbescherming van zijn cliënt. Daartoe is de advocaat bij de uitoefening van zijn beroep:

- a) onafhankelijk ten opzichte van zijn cliënt, derden en de zaken waarin hij als zodanig optreedt;
- b) partijdig bij de behartiging van de gerechtvaardigde belangen van zijn cliënt;
- c) deskundig en kan hij beschikken over voldoende kennis en vaardigheden;

14 Vgl. EHRM 23 april 2015 *Morice t. Frankrijk* (GK), 29369/10.

- d) integer en onthoudt hij zich van enig handelen of nalaten dat een behoorlijk advocaat niet betaamt; en
- e) vertrouwenspersoon en neemt hij geheimhouding in acht binnen de door de wet en het recht gestelde grenzen.”

De Verordening op de advocatuur (VODA) en de gedragsregels zijn min of meer afgeleid van deze uitgangspunten. Na de gedragsregels van 1968, 1980 en 1992 is in 2018 de tekst vastgesteld van de nieuwe set gedragsregels. Het was nodig om de gedragsregels uit 1992 te herijken, gelet op het inmiddels verstreken tijdsverloop, de ingrijpende wijziging van de Advocatenwet in 2015 en de veranderingen die zich in de advocatenpraktijk hebben voorgedaan. Tot de gedragsregels behoort:

1. Gelet op zijn bijzondere positie in het rechtsbestel is de advocaat gehouden tot betamelijke beroepsuitoefening.
2. Deze plicht geldt jegens zijn cliënt, de overige betrokkenen bij de rechtspleging en zijn beroepsgroep en vindt haar grondslag in het belang van een goede rechtsbedeling.
3. De advocaat laat zich in al zijn handelen leiden door de kernwaarden van zijn beroep en neemt in acht de voor hem geschreven wettelijke bepalingen en verordeningen, de inhoud van zijn eed of belofte en de verplichtingen die voortvloeien uit de opdrachtrelatie met zijn cliënt.
4. De advocaat dient zich zodanig te gedragen dat het vertrouwen in de advocatuur, noch zijn eigen beroepsuitoefening wordt geschaad.

De bepaling van de kernwaarden zoals neergelegd in artikel 10a van de Advocatenwet heeft veel voeten in de aarde gehad. In het rapport van de Commissie Van Wijmen, Een maatschappelijke Orde (2006), was bepleit naast de vijf genoemde kernwaarden nog een zesde op te nemen, waaraan ook Mackor refereert, namelijk de publieke verantwoordelijkheid voor een goede rechtsbedeling. In het kabinetsstandpunt bij het rapport Van Wijmen werd dit idee onderschreven. De oorspronkelijke versie van het wetsvoorstel bevatte deze zesde kernwaarde dan ook. In de toelichting stelde de regering dat de advocaat zich voortdurend rekenschap moet geven van de gerechtvaardigde belangen van de tegenpartij, van derden en van een goede rechtsbedeling. Die toelichting was volgens de Nederlandse Orde van Advocaten in strijd met de kernwaarde partijdigheid. Want de advocaat is weliswaar medeverantwoordelijk voor een goede rechtsbedeling maar op het niveau van een individuele zaak dient de advocaat partijdig te zijn. Het behartigen van het belang van bijvoorbeeld de tegenpartij mag derhalve niet tot de taak van de advocaat worden gemaakt. Met andere woorden, de advocaat dient het algemeen belang juist door zijn partijdigheid. De regering gaf uiteindelijk in een bepaalde mate gehoor aan de bezwaren en heeft de zesde kernwaarde geschrapt uit het wets-

voorstel. In plaats daarvan is ‘het belang van de goede rechtsbedeling’ in de aanhef van artikel 10a Advocatenwet opgenomen in verbinding met de rechtsbescherming van de cliënt van de advocaat.

9. Volgens oud-deken Jan Loorbach, tevens voorzitter van de commissie die de nieuwe redactie van de gedragsregels voorbereidde, is de aanhef van artikel 10a Advocatenwet zo geformuleerd dat de advocaat door zuiver en alleen de rol te vervullen van de partijdige belangenbehartiger (die ook de overige kernwaarden respecteert) zijn bijdrage aan die goede rechtsbedeling levert.¹⁵ De advocaat hoeft dus het belang van een goede rechtsbedeling niet ook nog eens te bevorderen door de vervulling van enige verplichting buiten deze – tot partijdigheid beperkte – rol. In mijn ogen sluit deze uitleg niet naadloos aan bij de tekst van de wet en de bedoeling van de wetgever. Er is in de aanhef van artikel 10a Advocatenwet geen sprake van ‘partijdige belangenbehartiging’, maar van ‘zorg voor de rechtsbescherming van de cliënt’. Verder is onder b. in het betreffende artikel niet de partijdige belangenbehartiging als kernwaarde neergelegd, maar die van partijdigheid bij de ‘gerechtvaardigde belangen van de cliënt’. Daarin ligt een principieel verschil. Loorbach gaat er vanuit dat de kern van de relatie tussen advocaat en cliënt geen buiten de partijdigheid gaande verplichting kent, die strekt tot bevordering van een goede rechtsbedeling. In die opvatting verdwijnt uit beeld dat de partijdigheid de rechtsbescherming betreft en de gerechtvaardigde belangen, die niet te vereenzelvigen zijn met een kale belangenbehartiging zonder een met het recht verbonden normatieve oriëntatie. Dat is riskant omdat daardoor de legitimatiegrond voor de bescherming van de vertrouwelijkheid van uitgewisselde informatie tussen de rechtzoekende die zich wil beraden op zijn rechtspositie en de advocaat kan eroderen. Door de normatieve oriëntatie op het recht in de belangenbehartiging weg te laten, wordt vrij baan gegeven aan een ethisch minimalistische beroepsopvatting zoals die door Iris van Domselaar als verwijt richting *corporate* advocatuur is geformuleerd. Het opzoeken van grenzen in de adviespraktijk van niet strikt verboden fiscale constructies, kan passen in een partijdige belangenbehartiging maar schuurt met de normatieve oriëntatie die ik in artikel 10a van de Advocatenwet voor het *nobile officium* van advocaat wel lees. In de context van advisering over Panama-constructies stelt Loorbach zich op het standpunt dat de wetgever en verdragsluitende partijen minstens evenveel boter op hun hoofd hebben als advocaten die hun cliënt over de misschien niet wenselijke maar niet verboden paden leiden. Dat mag zo zijn, maar is dat richtinggevend? Die vraag geldt in overeenkomstige contexten uiteraard niet alleen voor cor-

15 J. D. Loorbach, Het ‘sociaal contract’ tussen de advocatuur en de samenleving in de eenentwintigste eeuw. In: Juridische dienstverlening in de 21e eeuw. Onder red. Nick du Bois, Niels Dempster, Rebecca de Ruiter, Bart Verheijen. Boom 2018, pp. 57-67.

porate advocatuur, maar voor alle advocaten. De grens ligt volgens de oud-deken bij wat de tuchtrechter in strijd zal achten met naleving van de wettelijke betamelijkheidsplicht. Het is verder aan de individuele advocaat om te bepalen of hij een bepaald belang van een cliënt wil dienen wanneer dat de betamelijkheidstoets doorstaat. De tuchtrechter heeft het laatste woord, stelt hij. In 2001 constateerde Taru Spronken dat de zorgvuldigheidsnormen die de advocaat in acht moet nemen als hij zich begeeft in het grensgebied van de (strafbare) betrokkenheid in de tuchtrechtspraak nauwelijks zijn uitgekristalliseerd. Zij wijt deze omissie onder meer aan de onduidelijkheid over de vraag wat de kern van de taak en de rol van advocaten in strafzaken is.¹⁶ Veel onoorbaar gedrag zal nooit aan een oordeel van de tuchtrechter worden onderworpen. Als de normatieve leidraad voor advocaten is de vermindering van tuchtrechtelijke veroordelingen, dan wordt, meen ik, het anker gelegd voor ethisch minimalisme. Dat vloeit niet voort uit een indirecte loyaliteit aan de *rule of law* die optimale rechtsbescherming vereist. Ethisch minimalisme is in mijn ogen een kniebuiging voor de belangen van de cliënt voorbij de geboden rechtsbescherming en voorbij de doelen van een goede rechtsbedeling. Daarin kan, meen ik, niet de inspiratie gevonden worden die nodig is voor een professionele beroepsuitoefening. Een goede advocaat is geen *hired gun* en kan zelfrespect ontfen aan loyaliteit aan de *rule of law*.

5.3 Kernwaarden voor aanklagers

10. Is een officier van justitie magistraat, *crime fighter*, bureaucraat of gezagsgetrouwe ambtenaar?¹⁷ Er zal vermoedelijk geen officier van justitie zijn die slechts één van deze typering verdient. Het gaat dan ook niet om elkaar uitsluitende kenmerken. In de parlementaire geschiedenis van de Wet reorganisatie Openbaar Ministerie en instelling landelijk parket is de notie van magistratelijkheid door de minister van Justitie aangeduid als een essentiële grondhouding. In die visie gaat het bij magistratelijkheid niet om bepaalde taken van het Openbaar Ministerie, maar om een professionele attitude die zich dient te manifesteren in de gehele taakuitoefening van de officier van justitie. Een magistratelijke houding van het Openbaar Ministerie kan worden omschreven als die houding van de officier van justitie die de inherente be-

16 Taru Spronken, *Verdediging: een onderzoek naar de normering van het optreden van advocaten in strafzaken*, Deventer, Gouda Quint, 2001 (diss.), p. 627.

17 H.G. van de Bunt, *Officieren van justitie*. Verslag van een participierend observatieonderzoek (Tjeenk Wilink, Zwolle 1985, diss. Utrecht). Hij onderscheidde de voor officier van justitie ideaaltypische rollen van magistraat, ambtenaar en werker. Zie ook: Joep Lindeman, *Officieren van justitie in de 21e eeuw*. Een verslag van participierend observatieonderzoek naar de taakopvatting en taakinvulling van officieren van justitie (Boom juridisch, Den Haag, 2017, diss. Utrecht)

trokkenheid van instrumentaliteit en rechtsbescherming onderkent.¹⁸ Officieren van justitie leggen bij hun indiensttreding dezelfde eed af als rechters. De officier van justitie is professional en staat tegelijkertijd ook onder hiërarchisch gezag van het College van procureurs-generaal dat leiding geeft aan het Openbaar Ministerie. Geconstateerd kan worden dat professionaliteit en magistratelijkheid als elkaar versterkende dimensies kunnen worden gezien, die meebrengen dat instrumentaliteit en rechtsbescherming tegelijkertijd moeten worden gediend.¹⁹ Het optreden van het Openbaar Ministerie dient zagezegd ‘telkens het resultaat [te zijn] van een afweging van de in het geding zijnde instrumentele belangen tegen de rechtsbeschermende belangen’. In de Gedragscode OM die in 2000 het licht zag, wordt de magistratelijkheid van het OM in de eerste algemene regel onderstreept door te bepalen dat de medewerker van het Openbaar Ministerie zijn werkzaamheden uitvoert: 1) binnen de grenzen van het recht; 2) met bijzondere aandacht voor de fundamentele rechten van de mens; 3) met eerbiediging van de inherente menselijke waardigheid, zonder aanzien van persoon en status, en zonder te discrimineren (...); 4) eerlijk, onpartijdig, objectief en onbevreesd; 5) op een wijze die ook achteraf controleerbaar is en waarbij over de in de taakuitoefening gemaakte keuzen steeds verantwoording kan worden afgelegd; 6) met inachtneming van de regels van proportionaliteit en subsidiariteit; 7) op een zorgvuldige en voortvarende manier.

11. Mackor bekritiseert de actuele kernwaarden van het Openbaar Ministerie. Die zijn volgens haar een merkwaardig allegaartje dat niet de te onderscheiden identiteit van het OM uitdrukt. Door niet uit te gaan van gedragsregels maar van algemene kernwaarden wordt volgens haar door de vervolgende autoriteit in de gedragscode afstand genomen van regels ten faveure van efficiency zoals ook New Public Management die aanprijst. De omslag zou zijn gemaakt in 2012 toen de huidige kernwaarden de plaats innamen van de Gedragscode OM uit 2005. Ik noemde al de daaraan voorafgaande Gedragscode OM uit 2000. Deze code was een product van uitgebreid voorwerk, dat mede heeft bestaan uit gespreksronden met een ruime kring van betrokkenen en wetenschappers.²⁰ De OM Gedragscodes hebben niet alleen betrekking op de officieren van justitie en advocaten-generaal, maar op alle medewerkers van het Openbaar Ministerie. Bij het concretiseren van de gedragsregels is gebruikgemaakt van verdragsrecht, nationaal recht en jurisprudentie, OM beleidsregels, beginselen van een goede procesorde, soft international law en algemene fatsoensregels

18 Hierover J.H. Crijns, *De strafrechtelijke overeenkomst. De rechtsbetrekking met het Openbaar Ministerie op het grensvlak van publiek- en privaatrecht*. Diss. Leiden 2010, p. 327.

19 R. Foqué en A.C. 't Hart, *instrumentaliteit en rechtsbescherming*, Goud Quint, Arnhem 1990.

20 Waaronder mijn huidige collega's advocaten-generaal bij de Hoge Raad Diederik Aben en Taru Spronken.

(‘open deuren’).²¹ In de beschrijving die Egbert Myjer geeft van de totstandkoming van de OM Gedragscode is de historische band te zien met ervaringen, zoals die bij de parlementaire enquête naar opsporingsmethoden naar voren zijn gekomen en die in het geheugen moeten zijn gegrift.²² Een regel als 3.2.d in de Gedragscode OM uit 2000 is verbonden met een geschiedenis waarin op dit punt was tekortgeschoten:²³ “Als de officier van justitie beschikt over feitenmateriaal dat een verdachte ontlast of de verdachte in zijn zaak ten voordele strekt dan wel wezenlijk is voor de rechter om tot een oordeel te kunnen komen, dan zal hij dat ongevraagd inbrengen.”

12. In de Gedragscode OM 2012 waarin slechts kernwaarden staan opgesomd zonder historische inbedding, blijft van een zichtbare verbinding met leren van ervaringen niet veel over. Daardoor treedt een verlies op van de professionele betekenis van de gedragscode. Er is dan slechts een merkwaardig deugdpronkend pamflet, dat ook in taalgebruik vragen oproept.²⁴ Ik ben het dan ook graag eens met Mackor dat de in 2012 vastgestelde Gedragscode OM geen verbetering inhoudt. Of daarin een verband ligt met New Public Management blijft gissen. De hiervoor aangehaalde fraaie studie van Joep Lindeman over officieren van justitie in de 21^e eeuw, voedt bij mij eerder het vermoeden dat veel van de zegeningen van New Public Management lange tijd aan het Openbaar Ministerie voorbij zijn gegaan.²⁵ Belangrijke ontwikkelingen voltrokken zich zonder betrokkenheid vanuit het departement of de wetgever. Officieren van justitie zijn in de door hem beschreven fase ook niet bevrijd van onnodige administratieve lasten om hun professionele rol optimaal te kunnen waarmaken. Een magistratelijke en efficiënte criminaliteitsbestrijding vergt een transparante organisatiestructuur waarin professionals als magistraten hun autonome afwegingen kunnen maken in de zaken die zij doen, naar *the state of the art* in hun beroepsgroep met inachtneming van rechtsstatelijke waarden en de lijnen die het College van procureurs-generaal uitzet. Daarin kan de inspiratie voor het maatschappelijk onmisbare werk van officieren van justitie worden gevonden.

21 B.E.P. Myjer, ‘Gedragscode OM: frisse wind bij open deuren’, *Trema* 2001, p. 245-252. Egbert Myjer, Een handleiding bij open deuren: de Gedragscode OM, in: Nieuwsbrief Strafrecht 2000, p. 210-211. B.E.P. Myjer, *Gedragscodes. OM: de praktijk*, Amsterdam 2002.

22 Myjer, *Gedragscodes*, p. 9 noemt ook de IRT-affaire (Commissie Wieringa 1994).

23 Vgl. het EHRM-arrest Edwards tegen het Verenigd Koninkrijk van 16 december 1992, 13071/87: de vervolgende/opsporende autoriteit mag geen relevant materiaal achterhouden voor de verdediging.

24 De omschrijving het OM of de OM-medewerker is professioneel, integer, omgevingsgericht, open en zorgvuldig, laat geen reflectie toe op de mogelijkheid dat de organisatie of de medewerker soms tekort kan schieten. In de Gedragscode 2000 staat onder “Naleving” dat het beoogde karakter van de code is een levend instrument dat een stimulerende rol speelt bij het verdere vormen van het ethisch besef binnen het Openbaar Ministerie.

25 Lindeman, *Officieren van justitie in de 21e eeuw*, p. 279 (samenvatting).

5.4 Kernwaarden voor rechters

13. Rechters krijgen bij hun indiensttreding ingescherpt dat zij zich ethisch hoogwaardig moeten gedragen. In de eed die rechterlijke ambtenaren afleggen liggen verscheidene elementen besloten die in de in verschillende gedragscodes geformuleerde kernwaarden terugkeren: onafhankelijkheid, integriteit, geheimhouding, eerlijkheid, nauwgezetheid en onzijdigheid, handelen zonder aanzien van personen. De rechterlijke ambtenaar heeft gezworen of beloofd zich te gedragen zoals een goed rechterlijk ambtenaar betaamt. De aflegging van de eed door rechterlijke ambtenaren, is vanaf 2002 gebaseerd op de Wet rechtspositie rechterlijke ambtenaren (*Stb.* 2001/582), aanvankelijk in artikel 1g en nadien overgeheveld naar artikel 5g (*Stb.* 2009/8; i.w.tr. 1 juli 2010). De formule voor de eed is in de fase 2002-2004 te vinden in een Besluit, maar is daarna vanwege het feit dat bezwaarlijk werd gevonden dat de eed buiten het parlement om door de regering gewijzigd zou kunnen worden, als Bijlage bij de wet opgenomen. Inhoudelijk stemt de inhoud van de eed in veel opzichten overeen met die uit 1827. Documenten waarin kernwaarden voor de rechtspraak en/of rechters zijn opgenomen betreffen de Gedragscode rechtspraak, de NVvR Rechterscode en de Leidraad Onpartijdigheid en nevenfuncties in de rechtspraak. Zowel de eed als ook de gedragscodes en leidraad zijn als *soft law* van betekenis bij toetsing van gedrag van rechters in het kader van tuchtrechtelijke procedures. In disciplinaire zaken gaat het om toetsing van een gedraging aan de waardigheid van het ambt, de naleving van ambtsplichten, geen nadeel toebrengen aan de goede gang van zaken in de rechtspraak of aan het in haar te stellen vertrouwen. De nationaal aanvaarde kernwaarden voor rechters stemmen in grote lijnen overeen met de internationaal gezaghebbende *Bangalore Principles of Judicial Conduct*. Daarin wordt uitgegaan van zes waarden (*Principles*), waaraan nadere gedragsnormen voor rechters worden verbonden. Deze waarden betreffen: 1. *Independence*; 2. *Impartiality*; 3. *Integrity*; 4. *Propriety*; 5. *Equality*; 6. *Competence and Diligence*.

14. In 2014 publiceerde de Raad voor de rechtspraak een interessante studie naar de systeemwaarborgen voor de kernwaarden van de rechtspraak. Als kernwaarden worden daarin benoemd onpartijdigheid, onafhankelijkheid en integriteit.²⁶ Aan de hand van zogenaamde systeemwaarborgen – zoals regelingen met betrekking tot verschoning en wraking van rechters, incompatibiliteiten en toedeling van zaken – kan de rechterlijke macht volgens deze studie uitleggen hoe zij omgaat met zorgen omtrent de onafhankelijkheid, onpartij-

26 M.L. van Emmerik, J.P. Loof, Y.E. Schuurmans, Systeemwaarborgen voor de kernwaarden van de rechtspraak. Een onderzoek in opdracht van de Raad voor de Rechtspraak. Research Memoranda, Nummer 2 /2014 Jaargang 10.

digheid en integriteit van de individuele rechter én aangeven of die zorgen wel terecht zijn. Hoewel Nederland in het algemeen voldoet aan de Europese en internationale normen inzake de onafhankelijkheid, onpartijdigheid en integriteit van de rechtspraak, bestaan er op onderdelen ook kwetsbaarheden en zijn sommige systeemwaarborgen hier relatief zwak ontwikkeld. Enige voorstellen werden gedaan (uitbreiding incompatibiliteiten, meer aandacht voor financiële belangen van de rechter en de (neven)functies van de partner, een transparante regeling van zaaktoedeling en een structureler integriteitsbeleid) die ertoe kunnen bijdragen dat de rechterlijke macht een objectief en onderbouwd antwoord kan geven op vragen vanuit de samenleving waarbij haar gezag ter discussie wordt gesteld.

15. In de Nederlandse rechtsstatelijke ordening is de Staat gehouden te voorzien in rechtspraak die voldoet aan de vereisten die voortvloeien uit artikel 6 EVRM, dat de garanties behelst voor een eerlijk proces, terwijl er voorts op grond van artikel 13 EVRM procedures moeten zijn voor burgers om op te kunnen komen tegen schending van fundamentele rechten. Hieruit vloeit de plicht voort tot het beschikbaar stellen van middelen. Als publiekrechtelijke organisatie ontkomt ook de rechtspraak niet aan het afleggen van verantwoording voor besteding van publieke middelen. De Raad voor de rechtspraak voert onderhandelingen over de middelen en verdeelt het door het ministerie van Justitie en veiligheid beschikbaar gestelde budget over de gerechten. De onderhandelingen stonden de afgelopen jaren in de sleutel van prijs maal product (pxq) met een opslag voor overige kosten. De eenvoud van een dergelijk onderhandelingskader voorkomt dat rechterlijk beleid in onderhandelingen wordt betrokken. Dat uit dergelijke onderhandelingen te weinig budget wordt verkregen kan uiteraard tot problemen in de rechtspraak leiden. Tussen de Rvdr en de gerechten worden afspraken gemaakt over aantallen af te handelen zaken, verdeelt over verschillende categorieën. Via de gerechten werkt het stelsel van financiering volgens sommige auteurs door naar een mate van *external accountability* voor de juridische professional. Daarop bestaat kritiek aangezien die verantwoordingsplicht de oude Aristotelische deugdenethiek zou kunnen verstikken. Volgens Huppel-Cluysenaer is er op die manier een verschuiving opgetreden van nadruk op de aanvaardbaarheid van vonnissen naar het efficiënt en betrouwbaar functioneren van de rechterlijke organisatie als geheel en op de bijdrage die daartoe van ieder lid van de organisatie verlangd moet worden. De nieuwe beroepsethiek zou zich toeleggen op het formuleren van de eisen waaraan de individuele rechters moeten voldoen opdat de rechterlijke macht als betrouwbare organisatie bij de burger overkomt. De aldus geformuleerde eisen vormen de basis voor het beleid van aansturing van

de individuele rechters.²⁷ Er zou sprake zijn van beleidsjustitie. Via beleid wil deze visie individuele rechters zoveel mogelijk ‘aansturen’. Op die manier wordt het mogelijk om via rechterlijke oordeelsvorming een structurele aanpak te realiseren. De opkomst van deze beleidsjustitie zou direct samen hangen met het ontstaan van aandacht voor beroepsethiek. Mackor zit niet op dezelfde lijn, maar is wel kritisch op de ook door haar geobserveerde inperking van autonomie.²⁸

16. Rechters dragen zorg voor het voorbereiden van en regievoeren in zaken, het leiden van de behandeling ter zitting, het beproeven van een regeling tussen partijen en/of het gemotiveerd doen van uitspraken en nemen van beslissingen. Dat doen zij binnen de geldende juridische kaders, op onafhankelijke en onpartijdige wijze, in nauwe samenwerking met andere (rechterlijke/ge-rechts) ambtenaren, met inachtneming van de maatschappelijke context. Deze activiteit is gericht op het spreken van recht en het tijdig, rechtvaardig en effectief beslechten van geschillen met voortdurende aandacht voor rechtseenheid, rechtsontwikkeling en rechtsbescherming en onderliggende problemen in de samenleving. De omvang van de rechtsstrijd, de vaststelling van de feiten, rechtsvorming door de rechter, de effectiviteit van de geschiloplossing en alternatieven voor rechtspraak zijn de onderwerpen die gezamenlijk bepalen wat de taakopvatting van de rechter inhoudt, die is in de verschillende rechtsgebieden niet wezenlijk verschillend.²⁹

17. Kernwaarden van rechters en voor de rechtspraak staan in relatie tot de taak van de rechter. Den Tonkelaar geeft in zijn oratie *Optimus Iudex* aan dat de opgave van de rechter in de kern niet is gewijzigd³⁰: De loop van de geschiedenis, de ontwikkeling van de maatschappij en het maatschappelijk leven, de technische veranderingen en wat deze van de mens eisen en in zijn leven te weegbrengen, dit alles heeft geen invloed op het belang van deze meest wezenlijke eigenschappen van een rechter: onpartijdig zijn en goed kunnen luisteren. Wel leidt het ertoe dat zij naar de huidige situatie vertaald moeten worden. Er is volgens Den Tonkelaar sprake van een evolutie in de functievereisten zonder dat het wezen van de functie van de rechter aangetast wordt. Het komt bij de aan de rechter te stellen eisen aan op integriteit, zelfvertrouwen, stevigheid,

27 E. A. Huppel-Cluysenaer, *Beroepsethiek bij rechters: politieke macht of onafhankelijkheid?* In: *Ars Aequi* februari 2010, 133-138, p.134, met verwijzing naar J. Soeharno, *The Integrity of the Judge*, *A Philosophical Inquiry*, Ashgate 2009, p. 17.

28 Vgl. ook A. R. Mackor, ‘Gevaarlijke’ zinsneden en autonomie Drie stellingen naar aanleiding van de NVvR-Rechterscode, in *Trema* februari 2013, p. 61-65.

29 A.F.M. Brenninkmeijer, *Slotbeschouwing: Convergentie of divergentie?* in: *De taakopvatting van de rechter*, redactie A.F.M. Brenninkmeijer, M. Hallers, A.-J. Kwak, A. T. Marseille, N.M. Mulder, G.K. Schoep, p. 220-235.

30 J.D.A. den Tonkelaar, *Optimus Iudex*. Over het belang van de selectie van onze rechters. Oratie Nijmegen 2009, p. 21.

luisteren, mondelinge uitdrukkingsvaardigheid, schriftelijke uitdrukkingsvaardigheid, probleemanalyse, oordeelsvorming, prioritering, besluitvaardigheid, samenwerken, omgevingsbewustzijn, leervermogen en zelfreflectie. Buruma geeft in zijn zoektocht naar de goede rechter aan dat die in verschillende tijdfasen, ideaaltypisch beschreven, verschillende karakteristieken kan krijgen, die van betekenis blijven voor later rechterschap. De beschaafde en intellectuele generalist van rond 1900 werd opgevolgd door de zelfbewustere rechter van het Interbellum die met oog voor de gemeenschap als autoriteit besliste op grond van wat hij voor common sense hield. Na de oorlog zien we een rechter die zich door zedelijke opvattingen en maatschappelijke verwachtingen laat leiden om in het concrete geval recht te doen als kunst van het billijke. De professionalisering die dan tot wasdom komt, zet ook na de verzuiling door, maar neemt een andere vorm aan. De goede rechter wordt geleidelijk aan een juridische expert die een kritische rol vervult ten opzichte van de overheid. Als dan rond de eeuwwisseling de culturele revolutie is uitgewoed en de netwerksamenleving zich aandient, lijkt de rechter zich steeds meer als een dienstverlener op te stellen die deel uitmaakt van de geschilbeslechtingsdelta of de strafrechtelijke keten. Van generalist en autoriteit, via professional en kritische expert, naar klantvriendelijke rechterlijk ambtenaar: “Bij het zoeken naar het juiste antwoord kan de rechter teruggrijpen naar het erfgoed van zijn professie. Het erfgoed van de geleerde rechter uit de moderne periode die oog heeft voor de achtergrond van de feiten; dat van de billijke rechter van de wederopbouw die vanwege de omstandigheden van het geval bereid is de wet creatief te lezen; en dat van de activistische rechter met zijn trouw aan fundamentele waarden.”³¹

18. De Nederlandse rechtspraak stond aan het begin van dit millennium voor een grote opgave. In de praktijk werd nauwelijks onderscheid gemaakt tussen zaken die ertoe doen en zaken waarin geringe belangen spelen en die daarnaast uit juridisch oogpunt niet interessant waren. Effectieve plannen om grote achterstanden in de verwerking van zaken tegen te gaan, kwamen onvoldoende van de grond. Het inpeperen van de noodzaak voor meer efficiency in de rechtspraak kwam niet in de eerste plaats vanuit het departement, maar vanuit de rechtspraak van het EHRM (redelijke termijn). Van binnenuit is in de rechtspraak een belangrijk veranderingsproces op gang gebracht waarin prioritering en filtering van zaken belangrijke thema's zijn.³² Er voltrok zich ook een grote wetgevingsoperatie met de geboorte van de Raad voor de rechtspraak.³³ Voor de goede rechtsbedeling is de daarmee gepaard gegane omslag

31 Ybo Buruma, *De goede rechter. Een mentaliteitsgeschiedenis (1900-2020)*, Oratie Nijmegen 2016(!), p. 55.

32 Ik noem als voorbeeld het Rapport Hammerstein, *Versterking van de cassatierechtspraak*, gevolgd door de *Wet versterking cassatierechtspraak* (*Stb.* 2012/116).

33 A. Hammerstein, 'Rechtsvorming door de rechter is onvermijdelijk', *AA* 2009-10, p. 672-675.

in denken van grote betekenis. Zonder het voeren van beleid is goede rechtsontwikkeling ondenkbaar en verzandt de rechtspraak. Organisatorische veranderingen in de rechtspraak waren noodzakelijk. Net als andere professionals zijn rechters met de groei van management geconfronteerd. De vraag waar de grenzen liggen van het rechterlijk domein is daarmee actueel geworden.

5.5 Het rechterlijk domein

19. De Grondwet vermeldt de drie hoofdfuncties in de staat: wetgeving en bestuur (H 5) en rechtspraak (H 6).

In artikel 112 lid 1 van de Grondwet wordt bepaald dat aan de rechterlijke macht is opgedragen: de berechting van geschillen over burgerlijke rechten en over schuldvorderingen. In artikel 113 lid 1 Grondwet staat dat voorts aan de rechterlijke macht is opgedragen: de berechting van strafbare feiten. De taak van de Rechtspraak ziet kortgezegd op het nemen van concrete beslissingen die in beginsel betrekking hebben op een aan een overheidsinstantie voorgelegd geschil of strafbaar feit.³⁴

De rechter is in zekere zin afhankelijk van de wetgever. De wet wijst de gerechten aan die behoren tot de rechterlijke macht en regelt de inrichting, samenstelling en bevoegdheid van de rechterlijke macht (art. 116 lid 1 en 2 Grondwet). De rechter moet volgens de wet rechtspreken en mag de innerlijke waarde of billijkheid van de wet niet beoordelen. Dit staat in artikel 11 van de Wet algemene bepalingen. De rechter heeft echter ook een rechtsvormende taak bij de invulling van open en vage normen, door de wetgever neergelegd in de wet. Hij mag daarbij niet op de stoel van de wetgever gaan zitten. De rechtsvormende taak van de rechter is slechts aanvullend. De Hoge Raad besteedt steeds meer aandacht aan deze rechtsvormende taak. Zo wijst hij regelmatig overzichtsarresten en geeft hij in zijn arresten en in zijn jaarverslag tegenwoordig expliciete signalen aan de wetgever indien hij onvolkomenheden in de wet- en regelgeving constateert. De Hoge Raad geeft daarbij over het algemeen geen suggesties over oplossingen.³⁵ Die keus is aan de wetgever. Die is daartoe democratisch gelegitimeerd. De rechter is er niet om politiek te bedrijven of maatschappelijke keuzes te beïnvloeden.

Dat de rechter op bepaalde vlakken ook een afhankelijke positie heeft ten opzichte van het bestuur, blijkt bijvoorbeeld uit het feit dat de benoeming van de leden van de rechterlijke macht met rechtspraak belast geschiedt bij koninklijk besluit op voordracht van de minister. Ook financieel gezien is de rechtspraak afhankelijk van het bestuur. Verder kan in bepaalde gevallen bij

34 P.P.T. Bovend'Eert, rechterlijke organisatie rechters en rechtspraak, Deventer 2013, p. 2.

35 <https://2018.jaarverslaghogeraad.nl/2018-uitgelicht/contact-met-wetgever/>

koninklijk besluit gratie worden verleend, waarbij rechterlijke beslissingen, of althans de gevolgen daarvan, door het bestuur kunnen worden gecorrigeerd (artikel 122 GW). De laatste decennia is er een tendens om steeds meer bevoegdheden die eerst tot de rechter behoorden, over te dragen aan het bestuur. In dat opzicht is ook wel gesproken over een inperking van het rechterlijk domein door het overhevelen van bevoegdheden naar het bestuur.³⁶ Te denken valt aan de overheveling van de bevoegdheid tot het opleggen van sancties naar het OM, maar ook naar instanties als de NMa en de AFM.

Voor het behoud van de balans in de rechtsstaat is het van belang dat de andere twee staatsmachten zich verder niet begeven op het terrein van de rechter, te weten het nemen van beslissingen in concrete geschillen die aan de rechter zijn voorgelegd. De burger moet er op kunnen vertrouwen dat een volstrekt neutrale instantie zijn geschil beslist, ook als de burger een geschil heeft met de overheid. De rechter ziet er op toe dat de overheid geen inbreuken maakt op de rechten van burgers.

De onafhankelijke positie van de rechter is onder meer gewaarborgd door de artikelen 116 lid 4 en 117 Grondwet, waarin is geregeld dat toezicht op de ambtsvervulling door rechters plaatsvindt door leden van de rechterlijke macht met rechtspraak belast, dat deze leden worden benoemd voor het leven en dat zij slechts kunnen worden geschorst of ontslagen in de gevallen bij de wet bepaald door een bij de wet aangewezen, tot de rechterlijke macht behorend gerecht. Toezicht op rechters mag niet buiten de rechterlijke macht worden geplaatst.³⁷ Deze onafhankelijke positie wordt ook gewaarborgd door artikel 6 lid 1 EVRM, waarin onder meer staat dat eenieder recht heeft op toegang tot een onafhankelijk en onpartijdig gerecht dat bij de wet is ingesteld.

Er is dus een stelsel van checks-and-balances waarin de drie staatsmachten elkaar over en weer controleren. Dit uiteraard om machtsconcentratie te voorkomen.

Rechter en bestuurlijke organisatie

20. De taken van de Raad voor de rechtspraak zijn (grotendeels) omschreven in artikel 91, 94 en 95 van de RO.

Ingevolge artikel 91 lid 1 RO is de Raad belast met:

- a) *de voorbereiding van de begroting voor de Raad en de gerechten gezamenlijk;*
- b) *de toekenning van budgetten ten laste van de rijksbegroting aan de gerechten;*

36 Zie G.J.M. Corstens en W.M. Limborgh, Inperkingen van het rechterlijk domein, in: *De rechter in het geding*, Liber amicorum mr. J.P. Balkema, Deventer 2011, p. 13-20.

37 Zie ook het consultatieadvies van de president van de Hoge Raad en de P-G bij de Hoge Raad inzake Besluit rechtspositie rechterlijke ambtenaren (melding financiële belangen), augustus 2019.

- c) *de ondersteuning van de bedrijfsvoering bij de gerechten;*
- d) *het toezicht op de uitvoering van de begroting door de gerechten;*
- e) *het toezicht op de bedrijfsvoering bij de gerechten;*
- f) *landelijke activiteiten op het gebied van werving, selectie, aanstelling, benoeming en opleiding van het personeel bij de gerechten.*

Ter uitvoering van deze taken kan de Raad aanwijzingen geven aan de besturen van de gerechten voor zover dit noodzakelijk is met het oog op een goede bedrijfsvoering van de gerechten (art. 92 RO). Ingevolge artikel 94 RO heeft de Raad voorts tot taak ondersteuning te bieden aan activiteiten van de gerechten die gericht zijn op uniforme rechtstoepassing en bevordering van de juridische kwaliteit. Tenslotte heeft de Raad een adviserende taak richting regering en Staten-Generaal omtrent algemeen verbindende voorschriften en het te voeren beleid van het Rijk op het terrein van de rechtspleging. Deze taak is omgeschreven in artikel 95 RO.

21. Dat financiële en bedrijfsmatige beheer kan tot diverse maatregelen leiden die de proceseconomie beogen te vergroten. Het tweede lid van artikel 23 RO expliciteert dat het bestuur bij de uitvoering van zijn beheerstaken niet mag treden in de procesrechtelijke behandeling van, de inhoudelijke beoordeling van alsook de beslissing in een concrete zaak of in categorieën van zaken. Die begrenzing wordt nog eens expliciet herhaald in punt 4 van de Gedragscode Rechtspraak. De NVvR-rechterscode belicht de grens vanuit het perspectief van de individuele rechter: “Met inachtneming van organisatorische en bestuurlijke kaders claimt de rechter zeggenschap over de wijze waarop hij zijn werk inricht.”³⁸ De bedrijfsvoering is niet het exclusieve domein van het gerechtsbestuur. Ook de Raad voor de rechtspraak komt die taak toe. Zo bereidt hij de begroting voor de rechtspraak als geheel voor, kent hij budgetten toe aan de gerechten en houdt hij toezicht op de financiën en de bedrijfsvoering van de gerechten (artikel 91 RO). Deze Raad kan in dat kader aanwijzingen geven aan de gerechtsbesturen. De Raad zelf kan weer aanwijzingen ontvangen van de minister van Veiligheid en Justitie, indien de minister dit noodzakelijk acht met het oog op een goede bedrijfsvoering van de rechterlijke organisatie (artikel 93 RO). Jaarlijks stelt de Raad een begrotingsvoorstel op, dat de minister in beginsel overneemt. Op basis van artikel 97 RO worden bij AMvB regels gesteld met betrekking tot de financiering.

De afbakening ten opzichte van het rechterlijk domein is neergelegd in artikel 96 RO; bij de uitvoering van de taken genoemd in artikel 94 en 95 (de ondersteuning van activiteiten gericht op uniforme rechtstoepassing en bevordering van juridische kwaliteit en de advisering aan regering en Staten-Ge-

38 Zie: Toelichting op par. 2.2 NVvR-rechterscode.

raal) treedt de Raad niet in de procesrechtelijke behandeling van, de inhoudelijke beoordeling van alsmede de beslissing in *een concrete zaak*. Bij de uitvoering van de overige taken en bevoegdheden, treedt de Raad ook niet in de procesrechtelijke behandeling van, de inhoudelijke beoordeling van alsmede de beslissing in *categorieën van zaken*.

Eenzelfde afbakening geldt voor de gerechtsbesturen. Dit is neergelegd in de artikelen 23 en 24 RO. In artikel 23 lid 1 RO is bepaald dat het bestuur is belast met de algemene leiding, de organisatie en de bedrijfsvoering van het gerecht, waarbij het bestuur ingevolge lid 2 niet mag treden in de procesrechtelijke behandeling van, de inhoudelijke beoordeling van alsmede de beslissing in een *concrete zaak of in categorieën van zaken*. Ingevolge lid 3 heeft het bestuur voorts tot taak binnen het gerecht de juridische kwaliteit en de uniforme rechtstoepassing te bevorderen. Het voert daarover overleg met de rechtsvergadering of met een door de rechtsvergadering aangewezen afvaardiging van deelnemers aan de rechtsvergadering en treedt bij de uitvoering van deze taak niet in de procesrechtelijke behandeling van, de inhoudelijke beoordeling van alsmede de beslissing in *een concrete zaak*. Ter uitvoering van de taak genoemd in artikel 23 lid 1 RO (de algemene leiding, organisatie en bedrijfsvoering van een gerecht) kan het bestuur alle bij het gerecht werkzame ambtenaren algemene en bijzondere aanwijzingen geven. In artikel 24 lid 2 RO is bepaald dat het bestuur bij het geven van deze aanwijzingen niet treedt in de procesrechtelijke behandeling van de inhoudelijke beoordeling van alsmede de beslissing in een *concrete zaak of in categorieën van zaken*.

De taken van de Raad voor de rechtspraak en het gerechtsbestuur op het gebied van de bevordering van de juridische kwaliteit en uniforme rechtstoepassing zijn dus niet beperkt tot de behandeling, beoordeling of beslissing in *categorieën van zaken*, maar wel tot de behandeling, beoordeling of beslissing in een *concrete zaak*.

22. De rechter vervult zijn taak tegenwoordig binnen een qua bedrijfsvoering hiërarchische organisatie. De Raad voor de rechtspraak moet verantwoording afleggen aan de Minister, het gerechtsbestuur aan de Raad voor de rechtspraak en de rechter aan het gerechtsbestuur. De rechter hoeft echter geen verantwoording af te leggen over de wijze waarop hij in een concrete zaak tot zijn oordeelsvorming komt of is gekomen. De rechter kan wel worden aangesproken op overige aspecten van zijn functieervulling. Indien de rechterlijke onafhankelijkheid met zich mee zou brengen dat een rechter niet zou kunnen worden aangesproken op zijn functieervulling, zouden onder de maat presterende rechters niet door middel van personele maatregelen kunnen worden

bijgestuurd. Dit zou uit een oogpunt van kwaliteit van de rechtspleging onaanvaardbaar zijn.³⁹

In een zaak waarin een rechter door de Hoge Raad werd ontslagen wegens ongeschiktheid voor het verrichten van haar taak, anders dan wegens ziekte overwoog de Hoge Raad (HR 15 december 2009, ECLI:NL:HR:2009:BK6646):

“(...)het instrument van ongeschiktheidsontslag van een rechterlijk ambtenaar mag niet worden aangewend op een manier die de onafhankelijkheid van de rechterlijke macht ook maar enigszins bedreigt. Daarvoor bestaat in dit geval echter geen gevaar, omdat de inhoud van de beslissingen die betrokkene als rechter in aan haar oordeel onderworpen zaken heeft genomen geen punt van kritiek vormt, en betrokkene ook niet heeft aangevoerd dat de inhoud van haar beslissingen de werkelijke reden is voor het verzoek van de president van de Rechtbank [A] aan de Procureur-Generaal. Anders dan betrokkene lijkt te betogen, kunnen benedenmaats presteren op het punt van werktempo, onvoldoende openstaan voor collegiaal overleg, gebrek aan besluitvaardigheid, ongelukkige persoonlijke en ambtelijke presentatie, het niet nakomen van werkafspraken over aanwezigheid en bereikbaarheid en het bekend worden van privé gedrag dat afbreuk doet aan de waardigheid van het rechterlijk ambt of het gezag van de rechtspraak, in onderlinge samenhang bezien wel degelijk van zodanige ernst zijn dat de conclusie moet worden getrokken dat de betrokken rechterlijk ambtenaar ongeschikt is voor het uitoefenen van zijn taak en behoort te worden ontslagen.”

Dat rechterlijk ambtenaren voor het leven zijn benoemd, brengt dus niet met zich mee dat zij beter beschermd zijn tegen ongeschiktheidsontslag dan andere ambtenaren. Zolang het niet gaat om de inhoud van de rechterlijke beslissingen, maar om het ontbreken van competenties, valt niet in te zien waarom voor de rechterlijk ambtenaar andere eisen zouden moeten gelden dan voor andere ambtenaren. Voor de rechter gelden in een aantal opzichten juist hogere eisen. Dit gelet op de maatschappelijke rol die rechters vervullen, de daarvoor aan hun toevertrouwde taken met de daarbij aan hun gegeven ingrijpende bevoegdheden en de daarbij behorende eigen verantwoordelijkheid.⁴⁰

23. In artikel 46c van de Wet rechtspositie rechterlijke ambtenaren (verder: Wrra) is onder meer bepaald dat aan de rechter een disciplinaire maatregel kan worden opgelegd indien hij de waardigheid van het ambt, zijn ambtsbezighede-

39 Zie Het Rapport Hoog Edel Aanspreekbaar van de werkgroep aanspreekbaarheid van rechters, in opdracht van het programma Versterking Rechterlijke Organisatie, Project bestuur gerechten, november 2000, p. 9 en D. Allewijn en A.F.M. Brenninkmeijer, De aanspreekbaarheid van de rechter, Trema mei 2002, Special Hoog Edel Aanspreekbaar, p. 262 e.v.

40 Zie 1.1 van de NVvR-rechterscode.

den of zijn ambtsplichten verwaarloost of indien hij door handelen of nalaten ernstig nadeel toebrengt aan de goede gang van zaken bij de rechtspraak of het in haar te stellen vertrouwen.⁴¹ Daarbij kan ook het privégedrag van een rechter worden betrokken. De rechter dient zich te houden aan (gedrags)regels en normen die zijn neergelegd in de wet, in gedragscodes als de NVvR-rechterscode, de gedragscode van de rechtspraak en *The Bangalore principles of judicial conduct*, maar ook aan ongeschreven behoorlijkheidsnormen. De betekenis van gedragscodes en soft law aangaande rechterlijk gedrag is omstreken. In de Duitse grondwet is de onafhankelijkheid van de rechterlijke macht scherp vormgegeven. Die constitutionele uitgangspunten worden vervolgens uitgewerkt in federale wetgeving en wetgeving van de deelstaten. Er is bij onze oosterburen vervolgens het actuele debat of deze grondwettelijke en wettelijke normen aangevuld moeten worden met gedragscodes en leidraden. Breed aangehangen is de opvatting dat dit niet zou moeten en wel omdat de rechterlijke onafhankelijkheid door dergelijke gedragscodes eerder wordt bedreigd dan gefaciliteerd. Gedragscodes bevatten immers geen bindende juridische normen, maar slechts richtlijnen voor gedrag die in rechte niet kunnen leiden tot de conclusie dat onrechtmatig is gehandeld. Overtreding van een gedragscode is geen schending van recht.⁴²

Indien een Nederlandse rechter zich beweerdelijk onbehoorlijk gedraagt, kan een klacht tegen hem worden ingediend. Een klacht wordt in eerste instantie behandeld door het bestuur van het gerecht. In de modelklachtenregeling is bepaald dat niet geklaagd kan worden over de inhoud en de motivering van een beslissing van een rechter noch over de totstandkoming van een rechterlijke beslissing met inbegrip van de in dat kader genomen beslissingen van procedurele aard (art. 2 lid 1 Model Klachtenregeling). Na het doorlopen van de interne klachtenprocedure kan een klacht worden ingediend bij de procureur-generaal, die ingevolge artikel 13a RO een vordering bij de Hoge Raad kan instellen tot het doen van een onderzoek naar de gedraging. Ook in deze externe klachtenregeling is bepaald dat niet geklaagd kan worden over een rechterlijke beslissing. Het begrip ‘rechterlijke beslissing’ wordt ruim uitgelegd met het oog op de bescherming van een onafhankelijke uitoefening van de rechterlijke functie.

24. De Hoge Raad kan in een klachtenprocedure tevens beoordelen of het betrokken gerechtsbestuur zich al dan niet behoorlijk heeft gedragen (art. 13f lid 1 RO). De Hoge Raad heeft beslist dat dit ook geldt voor gedragingen van het gerechtsbestuur die niet in verband staan met de interne behandeling door

41 Het opleggen van een disciplinaire sanctie aan een rechter is geen bevoegdheid van het gerechtsbestuur. De president van een gerecht kan een berisping geven. Dezelfde en andere disciplinaire sancties zijn verder voorbehouden aan de Hoge Raad op vordering van de procureur-generaal bij de Hoge Raad.

42 J. D. Elzinga, Gedragscodes hebben vaak misleidend effect, in Binnenlands bestuur 7 november 2014.

het bestuur van klachten, zie HR 6 maart 2013 ECLI:NL:HR:2013:BZ3450. In die zaak was geklaagd over het feit dat het gerechtshof op verzoek van de secretaris van de Raad voor de Journalistiek nadere uitleg had gegeven over een passage uit een vonnis. De Hoge Raad vond de klacht gegrond en overwoog dat het hoe dan ook niet op de weg van een gerechtshof ligt om uitleg te geven aan rechterlijke beslissingen die gegeven zijn door rechters in het gerecht met de algemene leiding, de organisatie en de bedrijfsvoering waarvan dat gerechtshof is belast. Gerechtshoven horen niet te treden in de inhoudelijke beoordeling van alsmede de beslissing in een concrete zaak. Het is dan ook onwenselijk dat een gerechtshof op verzoek van een partij of een derde, of eigener beweging, aan een rechterlijke beslissing een uitleg geeft of anderszins commentaar daarop geeft dat als een authentieke interpretatie daarvan zal worden opgevat.

25. De bestuurders binnen de rechterlijke organisatie zijn verantwoordelijk voor de kwaliteit van de bestuurlijke en organisatorische werkwijze van het gerecht. Zij hebben de plicht om de onafhankelijkheid van de rechter te respecteren en mogen niet te treden in de inhoudelijke beoordeling of de beslissing in een concrete zaak. Mede door de invoering van functioneringsgesprekken, loopbaanbeleid, kwaliteitsbeleid, productienormen en het jaarplan is de rechter meer gelijkenissen met een gewone ondergeschikte ambtenaar gaan vertonen dan onder het oude systeem.⁴³ Dit hoeft geen bedreiging te vormen voor de constitutionele rechterlijke onafhankelijkheid zolang de bestuurders binnen de rechterlijke organisatie de grens met het rechterlijk domein respecteren. Een zekere standaardisering van organisatie en werkwijze is tegenwoordig noodzakelijk vanuit een oogpunt van doelmatigheid, rechtseenheid en maatschappelijke verantwoording.⁴⁴ De verschillende visitatiecommissies hebben geconstateerd dat veel rechters niet voldoende beseffen dat een goede bedrijfsvoering hen kan helpen om hun ambt beter uit te oefenen en dat er in dit opzicht sprake is van onvoldoende organisatiebesef in de rechtspraak.⁴⁵ Anderzijds worden de bestuurders binnen de rechtspraak door de rechters niet altijd als partner gezien in het nastreven van inhoudelijke kwaliteit van de rechtspraak⁴⁶ en wordt mede door het bestuursmodel van ‘bestuur op afstand’ een kloof ervaren tussen de rechters en het bestuur, zowel binnen de gerechten

43 Zie het proefschrift van P.M. van den Eijnden, *Onafhankelijkheid van de rechter in constitutioneel perspectief*, 2011, p. 343.

44 Zie ook het Rapport visitatie Gerechten 2010, p. 11, <https://www.rechtspraak.nl/SiteCollectionDocuments/Eindrapport-visitatie-gerechten-2010.pdf>.

45 Rapport visitatie gerechten 2018, p. 27, <https://www.rechtspraak.nl/SiteCollectionDocuments/Rapport%20Visitatie%202018.pdf>.

46 Rapport visitatiegerechten 2014, p. 93, <https://www.rechtspraak.nl/SiteCollectionDocuments/Rapport-Visitatie-Gerechten-2014.pdf>.

als landelijk.⁴⁷ In het laatste visitatierapport wordt geconstateerd dat het onder andere ontbreekt aan gezaghebbend leiderschap en wordt gesteld dat het tijd is voor een cultuuromslag. In een reactie op dit rapport heeft Robine de Lange namens de presidentenvergadering gezegd dat veel van de problemen zich bevinden op het snijvlak van de organisatie en het rechterlijk domein. De bestuurders kunnen op dat gebied niet zomaar zeggen: “Zo gaan we het doen.” De rechters willen graag worden betrokken bij de besluitvorming over deze kwesties.⁴⁸

Rechterlijk beleid

26. Uit de gegroeide praktijk van landelijke en regionale rechtersoverleggen (LOV's, ROV's) blijkt dat rechters behoefte hebben om rechterlijk beleid vast te stellen. Dit is ook een goede zaak vanuit een oogpunt van rechtszekerheid en rechtsgelijkheid.⁴⁹

De bestuurders binnen de rechterlijke organisatie hebben geen dwingende bevoegdheid ten aanzien van de bevordering van de juridische kwaliteit en de uniforme rechtstoepassing. Het gerechtshof heeft slechts de bevoegdheid om hierover met de sectorvergadering of de gerechtshofvergadering te overleggen.⁵⁰ De Raad voor de rechtspraak heeft tot taak de gerechten te ondersteunen bij het verrichten van een aantal specifieke activiteiten om de uniforme rechtstoepassing en de juridische kwaliteit te bevorderen; zijn rol is in dit verband dus faciliterend.

Uit de wetsgeschiedenis valt op te maken dat de wetgever vond dat de vaststelling van procedureregelingen (zoals rol- of procesreglementen) dient te geschieden door de gerechten zelf. Daarbij dacht de wetgever aan de betreffende sectorvergadering of de gerechtshofvergadering en niet aan het bestuur.⁵¹ In de praktijk worden procesreglementen echter vastgesteld door de presidentenvergadering en de gerechtshofbesturen.⁵² Dergelijke procesregelingen moeten volgens de wetgever worden beschouwd als richtlijnen waaraan de rechter op grond van het vertrouwensbeginsel gebonden is, maar waarop in bijzondere gevallen uitzonderingen kunnen worden gemaakt.

Zoals bekend stellen de LOV's richtlijnen, oriëntatiepunten, handreikingen en nota's vast. De bestuurders maken geen onderdeel uit van de LOV's. De gerechten worden in de LOV's vertegenwoordigd door de teamvoorzitters

47 Zie o.m. de Toekomstvisie landelijk Tegenlicht, Concreet en constructief, *NJB* 2018 afl. 44, p. 3224 e.v.

48 Zie ook de reactie van Landelijk Tegenlicht van 4 augustus 2019 op de brief van de RvdR aan minister Dekker.

49 Zie het proefschrift van P.M. van den Eijnden, Onafhankelijkheid van de rechter in constitutioneel perspectief, 2011, p. 469.

50 *Kamerstukken II* 1999/2000, 27 181, nr. 3, p. 37 en 48, <https://zoek.officielebekendmakingen.nl/kst-27181-3.pdf>.

51 *Kamerstukken II* 2000/2001, 27 181, nr. 6, p. 51, <https://zoek.officielebekendmakingen.nl/kst-27181-6.pdf>.

52 Rechtstreeks 1/2014 Professionele standaarden in de rechtspraak, p. 14, <https://www.rechtspraak.nl/SiteCollectionDocuments/Rechtstreeks-2014-1.pdf>.

of afdelingsvoorzitters. Dergelijke richtlijnen, ook wel aangeduid als rechterlijk beleid of rechterlijke afspraken, hebben betrekking op de invulling van een bepaalde vorm van beslissingsruimte die de rechter heeft ten aanzien van de behandeling of beslissing in zaken en betreffen dus het rechterlijk domein. Er bestaat dan ook een zekere spanning tussen de gevolgen van de rechterlijke samenwerking en de individuele vrijheid van de rechter. Door het maken van afspraken gaat er een zekere invloed van andere rechters uit op de beslissing van de rechter in een concrete zaak. Maar rechterlijke onafhankelijkheid betekent niet dat de rechter volgens zijn persoonlijke opvatting mag rechtspreken. De rechter is gebonden aan geldend recht en algemene rechtsbeginselen als rechtszekerheid en rechtsgelijkheid kunnen meebrengen dat de rechter in zekere zin gebonden is aan afspraken die met het oog op rechtseenheid en rechtszekerheid worden gemaakt, dus ook als deze betrekking hebben op het rechterlijk domein. De rechterlijke samenwerking dient in wezen hetzelfde doel als de rechterlijke onafhankelijkheid: het waarborgen van een zo eerlijk mogelijke rechtspraak.⁵³ Er moet wel ruimte zijn voor een (gemotiveerd) afwijkend oordeel in concrete gevallen.

Morrende rechters

27. De laatste jaren wordt binnen de rechtspraak gemord over een ‘managementcultuur’. Zo is er een samenwerkingsverband van een onbekend aantal rechters uit alle rechtbanken en gerechtshoven van het land ontstaan: landelijk Tegenlicht. Dit is een vervolg op de samenwerking van een groep rechters van (destijds) de Rechtbank Midden-Nederland die sinds eind 2015 ruchtbaarheid gaven aan hun zorgen over ontwikkelingen in de rechtspraak. Daaraan vooraf ging het Leeuwarder Manifest waarin raadsheren ongenoegen hadden geuit over werkdruk in de rechtspraak. Tegenlicht refereert aan het Leeuwarder Manifest van 2012 als een onmiskenbaar teken dat de financiering al langer niet toereikend is voor inhoudelijke goede en snelle rechtspraak. Door Tegenlicht wordt een beroep gedaan op de verantwoordelijkheid van rechters ervoor te waken dat de rechterlijke organisatie hen in staat stelt en blijft stellen kwalitatief goede rechtspraak te leveren. Het samenwerkingsverband spreekt zich uit over de afstand tussen bestuur in de rechterlijke organisatie en rechters, poneert het ontbreken van vertrouwen van rechters dat het bestuur pal staat voor het belang van goede rechtspraak, bekritiseert de benoemingsprocedure die geldt voor bestuurders, hekelt de wijze van outputfinanciering van rechtspraak in Nederland, de mate van overwerk van rechters. Dat alles culmineert in de conclusie dat de rechterlijke organisatie in een wurggreep is genomen, lijdt aan een blikvernaauwing op kwantiteit terwijl kwaliteit onder druk staat. De gebruikte taal van Tegenlicht, het *dédain* tegenover zittende bestuurders en de

53 Rechterlijke Macht (Handboeken veiligheid) 2013/12.3.3 (mr. G.K. Schoep).

wijze van publieke manifestatie van ongenoegen staat in contrast met de traditioneel ingetogen wijze waarop rechters zich aangaande de rechterlijke organisatie opstellen.⁵⁴ Toch vind ik bij Tegenlicht geen gefundeerde argumenten om de volgende typering achterhaald te achten. De Nederlandse rechtspraak levert internationaal vergelijkenderwijs hoge kwaliteit, weinig rechters ruilen hun beroep in voor een andere loopbaan, er is geen sprake van politiek gekleurde inmenging met de benoeming van rechters en bestuurders in de rechtspraak, terwijl het besturingsmodel van de Nederlandse rechtspraak een hoge participatie van voor het leven benoemde rechters met ruime rechterlijke ervaring garandeert die in een aanvullende tijdelijke aanstelling bestuurlijke verantwoordelijkheid dragen. Ik meen dat de Raad voor de rechtspraak zich al jaren actief richt op de bevordering van voorwaarden voor goede rechtspraak en zowel intern als extern pleitbezorger is van respectering van de bijzondere positie van de rechtspraak in de Staat.

5.6 Professionele standaarden

28. Bestuurlijke processen vergen tijd en diplomatie, daarvoor kunnen rechters niet altijd begrip opbrengen. Als concreet voorbeeld kan de gang van zaken rond de professionele standaarden worden genoemd. De Rvdr heeft de rechters in 2013 om professionele standaarden gevraagd om de input te willen leveren voor een adequate bekostiging van de rechtspraak. Rechters willen de werkzaamheden immers zo kunnen uitvoeren als de professionele standaarden voorschrijven. Het gaat bij professionele standaarden om breed gedeelde waarden van collectief vakmanschap. Tegenlicht is heftig teleurgesteld over de implementatie van de standaarden.⁵⁵ Professionele standaarden zijn en worden ontwikkeld in de inhoudelijke landelijke overleggen van rechters. De standaarden kunnen betrekking hebben op uiteenlopende normen aangaande het bijhouden van vakbekwaamheid, de duur van zittingen, regievoering, de deelname aan professioneel overleg, wijze van motiveren, roulatiebeleid, aanhoudingen, criteria voor meervoudige of enkelvoudige behandeling, voorts kwesties als voorwaarden voor goed rechterschap, adequate ondersteuning, wijze van het voeren van ‘kindgesprekken’. Professionele standaarden zijn en

54 Ook rechters hebben vrijheid van meningsuiting. Terughoudendheid van rechters in hun uitingen mag gevergderd worden in het licht van hun ‘duties and responsibilities’ (EHRM 28 oktober 1999, *Wille v. Liechtenstein*, 28396/95), vanwege ‘...a special bond of trust and loyalty’ (EHRM 8 februari 2001, *Pitkevitch v. Russia*, 47936/99) en vanwege ‘...the elevated nature of judicial office’ (EHRM 15 December 2005, *Kyprianou v. Cyprus*, 73797/01). Rechters moeten wel kunnen opkomen voor rechten als ‘werknemer’, vgl. Supreme Court UK 16 October [2019] UKSC 44, *Gilham (Appellant) v Ministry of Justice (Respondent)*, Judge as an employee.

55 Zie ook A.R. Mackor, *Professionele standaarden: hun legitimatie en implementatie*, in: *Trema* 2018/1.

worden ontwikkeld op strafrechtelijk, bestuursrechtelijk en op civielrechtelijk gebied.

29. De ontwikkeling van de standaarden voor de strafsector zijn in een stroomversnelling gekomen door zorgen over een structureel te hoge werklast voor strafrechters. Strafrechters ondervonden druk op de professionele kwaliteit die zij willen leveren. Dit aspect van de professionele standaarden heeft veel aandacht gekregen. De werklastnormen die in de professionele standaarden strafrecht zijn uitgewerkt, zijn landelijk ingevoerd. Maar die standaarden zijn wel meer dan een set werklastnormen. Zij geven een weerslag van het aan het onder strafrechters collectief gevoelde vakmanschap. Dit betekent dat strafrechters samen definiëren wat zij verstaan onder de kwaliteit van hun professioneel handelen. Juist vanwege de rechterlijke onafhankelijkheid is het van belang dat rechters zelf invulling geven aan dit collectief vakmanschap. Met de publicatie van de professionele standaarden maken de strafrechters voor de maatschappij inzichtelijk hoe zij denken over en werken aan de kwaliteit van hun professie. In de inleiding van een publicatie van professionele standaarden voor de strafsector wordt de rechtsstatelijke dimensie van professionele standaarden onderstreept:⁵⁶

“Het belang van professionele standaarden wordt mede gevoeld door een toenemende discussie in de maatschappij over de rol van de rechtspraak als ook met de toenemende discussie over de positie van de rechterlijke macht in de drie staatsmachten. René Foqué en Herman Tjeenk Willink stellen zich in bijdragen ten behoeve van de NVvR de vraag hoe de rechter zich vanuit zijn professionaliteit moet opstellen tegenover de druk die op hem wordt uitgeoefend, zowel van buiten als binnen de rechterlijke organisatie. Het gaat dan om de eigen verantwoordelijkheid van de rechterlijke macht als hoeder van de democratische rechtsstaat die – weer scherper – contouren dient te krijgen. Foqué betoogt dat onafhankelijkheid in het DNA van de rechter zit. Tjeenk Willink concludeert dat rechters zich zelf moeten uitspreken over de inhoud van hun functie en de professionele eisen waaraan zij moeten voldoen.”

30. De ontwikkeling van professionele standaarden is van groot belang maar die betreft niet de opstelling van een wensenlijstje van een direct in te voeren praktijk. Voor een belangrijk deel gaat het om ambities en ontwikkelpunten die tijd vergen. Budgetten komen niet als manna uit de hemel vallen, rechters met bepaalde specialisatie zijn niet onmiddellijk in voldoende mate beschikbaar en dat

56 Collectief vakmanschap in de strafrechtspraak. Rapportage invoering professionele standaarden. Hans Milius, Ivo van Duijneveldt, Astrid Klappe, Sigrid Kramer. Adviesgroep professionele standaarden LOVS, april 2017, p. 10.

geldt ook voor deskundige ondersteuning. Het proces waarin rechters werken aan professionele standaarden is een sieraad voor de rechtspraak waarvan geleidelijk aan meer vruchten zullen worden geplukt. Voor enig ongeduld kan ik wel begrip opbrengen maar voor cynisme jegens bestuurders in de rechtspraak zie ik, in het licht van hun inspanningen voor de professionele standaarden, geen reden. Wat heeft dit alles met ethiek van doen? Veel, denk ik. Professionele standaarden richten zich niet in de laatste plaats op de bevordering van deskundigheid. Mackor noemt, bijna excuserend, deskundigheid misschien de minst ethische onder de kernwaarden, maar haar keuze juist die in een betoog over ethiek voorop te stellen, is niet zonder reden.

Kansenrechter

31. Mackor spitst haar betoog over deskundigheid in de rechtspraak niet toe op de juridische deskundigheid, maar op materie-deskundigheid althans op de toepassing van kennis die niet tot het domein van de juristen gerekend kan worden, maar waarmee rechters wel veelvuldig werken. Daar gaat veel mis. Zij pakt niet een willekeurig onderwerp bij de kop. Statistiek en kansrekening spelen een prominente rol in alle rechtsgebieden.⁵⁷ In de Srebrenica-zaak was de kans aan de orde dat het goed met mannelijke vluchtelingen zou zijn afgelopen als zij de keuze hadden gekregen op de compound te mogen blijven. De Hoge Raad schatte de kans in het licht van alle omstandigheden op tien procent.⁵⁸ In de Urgendazaak gaat het om de op 25% geschatte noodzakelijke reductie van broeikasgassen om gevaarlijke klimaatverandering tegen te gaan.⁵⁹ Denk aan vaderschapsacties in civiele zaken of aan kansopzet in het strafrecht en in het belastingrecht.⁶⁰ De hoogleraar Prakken toont bij een eenvoudig onderzoekje op basis van gepubliceerde rechtspraak aan dat veel rechters in strafzaken en civiele zaken Bayesiaanse kansrekening niet goed interpreteren. De redenering die bekend staat als de *prosecutor's fallacy* komt veelvuldig voor en dat kan kwade gevolgen hebben. Tegen die achtergrond bepleit Mackor de inzet van deskundigen in de kansberekening/waarschijnlijkheidsleer/statistiek als kansenrechter in een meervoudige kamer.

32. De wet gaat uit van de professionele rechter; in een aantal uitzonderingsgevallen worden deskundige leken in de rechtspraak betrokken. Voor de rechtbanken en de hoven voorziet de RO in een aantal bijzondere kamers met lekenrech-

57 ECLI:NL:HR:2004:AR2190, instandhouding vrijspraak na afwijzing hof statistisch bewijs voldoende redengevend te achten.

58 ECLI:NL:HR:2019:1223.

59 ECLI:NL:HR:2019:2006.

60 ECLI:NL:HR:2012:BT6362 (Groninger HIV-zaak): De omstandigheid dat de kans op hiv-besmetting door gedragingen van derden veel geringer is in verhouding tot de kans op besmetting door de gedragingen van de verdachte, houdt nog niet in dat die eerstbedoelde kans zo klein is, dat daaraan als hoogst waarschijnlijk kan worden voorbijgegaan. HR 12 mei 1999, nr. 34.347, *BNB* 1999/258.

ters. Vrijwel alle zijn deze bij één gerecht geconcentreerd. Bij de rechtbanken gaat het om de behandeling van militaire ambtenarenzaken (art. 54 RO, Den Haag) en militaire strafzaken (art. 55 RO, Arnhem) en is er een kamer voor kwekersrecht (art. 55a RO, Den Haag), terwijl in de kantonsectoren pachtkamers (art. 48 RO) en een militaire kamer (art. 49 RO, Arnhem) bestaan. Bij de hoven zijn dat de Ondernemingskamer (art. 66 RO, Amsterdam), de Penitentiare kamer (art. 67 RO, Arnhem), de Militaire kamer (art. 68 RO, Arnhem), de Pachtkamer (art. 69 RO, Arnhem) en de Kamer voor het Kwekersrecht (als bedoeld in artikel 78 van de Zaaizaad- en plantgoedwet 2005; artikel 70 RO, Den Haag). De deskundige leken hebben domein specifieke kennis, die professionele rechters moeilijk zouden kunnen verwerven, zo is verondersteld, en die als alternatief in uitgebreide zittingen met getuige-deskundigen zou kunnen worden ingebracht. Het voorstel om een kansenrechter als deskundige leek op te nemen in een rechterlijk college is van andere orde, meen ik, onder meer omdat het daar niet om een vooraf juridisch te categoriseren verzameling zaken gaat.

33. Dat voorwaardelijke kansen, waarschijnlijkheidsleer, statistische schattingen en bewerkingen in veel rechtszaken een prominente rol spelen is onbetwistbaar. Met name aangaande de Bayesiaanse benadering is veelvuldig gebleken dat rechters moeite hebben die adequaat toe te passen.⁶¹ In de zeventiger jaren van de vorige eeuw maakte deze discipline (Bayesiaanse waarschijnlijkheidsleer) onderdeel uit van de rechtenopleiding aan de rechtenfaculteit van de Erasmusuniversiteit, maar ik weet niet of de uit die opleiding voortgekomen rechters daar later profijt van hadden. In die opleiding werd ook aandacht besteed aan de beperkingen van de Bayes-benadering. Er kan een wonderlijk contrast optreden tussen de rekenkundige precisie aangaande de ‘a posterio-kans’ en het gemak waarmee de ruw geschatte subjectieve ‘a priori-kans’ in een bewijsredenering als van buiten het domein van de kansrekening komend element wordt toegelaten. Elisabeth Lund geeft een klassiek voorbeeld van een valkuil bij toepassing van de Bayes benadering:

“The accurate application of Bayes’ Theorem necessarily assumes that the evidence is independent of the prior suspicion, but in most trials these two will be hopelessly enmeshed. Wrongful accounting may occur due to the symmetry of the formal approach: the order in which the evidence is presented does not matter to the posterior probability. But interdependency between evidence might be hid-

61 Henry Prakken, Kansoordelen door deskundigen: over ‘logisch’ rapporteren en wat daarbij mis kan gaan’, in *Ars Aequi* september 2018/09, p. 740-747. De voorbeelden die Prakken geeft betreffen rechtbankvonnissen. In de meeste zaken werd hoger beroep ingesteld. Het door hem als ‘moordzaak’ aangeduide vonnis van de Rechtbank Noord-Holland betreft een poging tot afpersing en bedreiging: ECLI:NL:RBNHO:2014:10689. Het kernpunt van zijn betoog is overtuigend, op onderdelen valt m.i. af te dingen.

den, intentionally or unintentionally, behind this property: A robbery is suspected to have been committed in the 30 minutes period between 3.00am and 3.30am. The robbery is known to have lasted exactly 15 minutes. A witness says he saw the suspect sitting in a car half a mile (800m) from the crime scene at 3.10am (evidence E1). Another witness says that he saw the suspect sitting in a car half a mile (800m) from the crime scene at 3.20 (evidence E2). If both E1 and E2 are true then the suspect cannot possibly be the robber. But if E1 is treated first then one might be misled to think that E2, when considered subsequently, corroborates with E1 to increase the probability of the hypothesis instead of invalidating it.”⁶²

34. In strafzaken kan de belangrijkste bijdrage van statistici en deskundigen in de kansberekening worden geleverd in de fase van opsporingsonderzoek en dossiervorming. Die inbreng kan scherpe toetsing vereisen ter zitting, waarbij een *battle of experts* de rechter voor problemen kan stellen. Een voorbeeld daarvan beschrijft A-G Harteveld in de zaak betreffende ‘de zes van Breda’.⁶³ Maar als de rechter ter zitting niet begrijpt wat de deskundigenverklaring inhoudt, dan kan er ook geen gerustheid zijn dat in raadkamer de inzichten van ‘de deskundige leek’ op goede gronden al of niet zal worden gevolgd. Dat de scholing van juristen in de waarschijnlijkheidsrekening verbetering behoeft staat, meen ik, buiten kijf. De noodzaak van verbetering van verwerking van materie-deskundigheid in rechtszaken is overigens niet beperkt tot waarschijnlijkheidsleer.⁶⁴ De aandacht voor materie-deskundigheid, vooral op strafrechtelijk gebied, is terecht sterk toegenomen, niet in het minst door de scherpe kritiek op de strafrechtspleging, in het bijzonder veelvuldig door rechtspsycholoog Peter van Koppen.⁶⁵ Dergelijke kritiek kan belangrijk en heilzaam zijn. Rechters moeten daar tegen kunnen en daaruit lering trekken. Wie de ambitie heeft professioneel te gaan voetballen moet tenslotte ook een trainer als Van Gaal kunnen verdragen. Maar wat mij betreft leidt dat niet tot de conclusie dat materie-deskundigen of in het bijzonder statistici of deskundigen in de waarschijnlijkheidsleer in rechterlijke colleges zouden moeten worden opgenomen.

62 Elisabeth Lund, *Evidence-based Crime Investigation. A Bayesian Approach*. University College London 2012, p. 86, ontleend aan: Tribe, L. H. 1971 *Trial By Mathematics: Precision and Ritual in the Legal Process* Harvard Law Review 1971; 84; 6: 1329-1393], 1366-1368.

63 ECLI:HR:PHR:2017:393, randnummer 11.19. Er blijken aanzienlijke verschillen te bestaan tussen de inzichten van de gehoorde deskundigen dr. Alkemade en prof. Prakken.

64 Het register voor gerechtelijke deskundigen heeft, meen ik, niet gebracht wat er van werd verwacht. De NRGD kent nog maar een beperkt aantal forensische deskundigheidsgebieden. Statistiek en waarschijnlijkheidsleer behoren daar als afzonderlijk deskundigheidsgebieden niet toe, al wordt die discipline in de context van DNA-onderzoek door de geregistreerde deskundigen wel toegepast.

65 Zie bijv. P.J. van Koppen, *paradoxen van deskundigen: Over de rol van experts in strafzaken*. Deventer (Kluwer) 2004.

5.7 Slot

35. De verbinding van de jurist met de *rule of law* beschouw ik als een essentiële kernwaarde. Dat de opkomst van kernwaarden in gedragscodes voor juristen gelijktijdig plaatsvond met de opgang van New Public Management (NPM), hoeft niet tegen kernwaarden te pleiten. Management in publieke organisaties, ook in de rechterlijke macht is nodig en hoeft niet verstikkend te zijn voor professionele autonomie. De jurist als ‘professional’ kan in de toewijding het vak goed te beoefenen, ‘to do things well’, de intrinsiek positieve drijfveer ervaren van de verbinding met vakgenoten, dat is de meest inspirerende sociale deugdedthiek.⁶⁶ Het ontwikkelen van professionele standaarden door rechters kan daar een voorbeeld van zijn, wanneer die tenminste niet worden vernauwd tot werklasmnormen. De kwaliteit van de rechtspraak is niet gediend met het in rechterlijke colleges opnemen van deskundigen, ook al moet de niet-juridische deskundigheid in de rechtspraak wel beter tot haar recht komen.

66 Ik verwijs naar de sociale deugdedthiek in ambachtelijkheid van Richard Sennett, *The Craftsman*, Penguin Books 2008 en naar Naomi Ellemers, *Morality and the Regulation of Social Behavior. Groups as Moral Anchors*, Routledge New York 2017.

Digitalisering en disruptie in het recht en de gevolgen voor de juridische professies

*Anna Berlee**

Inhoud

6.1	‘Niet over ’s Keizers baard redetwisten’	143
6.2	Ontwikkelingen in de techniek	144
6.2.1	<i>Definities</i>	144
6.2.2	<i>Digitalisering en juridische professies: niets nieuws onder de zon?</i>	145
6.2.3	<i>Juridische kennissystemen</i>	146
6.2.4	<i>Een hooiberg aan gedigitaliseerde (juridische) informatie</i>	148
6.2.5	<i>Het zoeken naar een digitale speld</i>	149
6.2.5.1	Wat zegt u?	149
6.2.5.2	Wat bedoelt u?	150
6.2.5.3	Het vinden van informatie	151
6.2.5.4	Het vinden van relevante informatie	152
6.2.5.5	De terugkoppeling – output	153
6.2.6	<i>Juridische argumentatie</i>	154
6.2.6.1	XAI	154
6.2.6.2	Juridische argumentatie herkennen en verwerken	155
6.2.7	<i>(Administratieve) automatisering</i>	157

* Het preadvies is afgerond tijdens mijn tijd bij de Universiteit Utrecht en voordat ik begon bij de Autoriteit Persoonsgegevens.

6.3	De juridische professies en ontwikkelingen die (mogelijk) disruptief zijn of ondersteunend	158
6.3.1	<i>De advocaat</i>	159
6.3.2	<i>De notaris</i>	162
6.3.3	<i>De rechter</i>	166
6.3.4	<i>De overheidsjurist</i>	169
6.4	De jurist als piloot?	172

Digitalisering en disruptie in het recht en de gevolgen voor de juridische professies

Anna Berlee

6.1 ‘Niet over ’s Keizers baard redetwisten’

Op donderdag 8 september 1870 prijkt prominent op de voorkant van het Algemeen Handelsblad een artikel over de oprichting van *De Nederlandsche Juristen-Vereeniging*, “die zich ten doel stelt de grondstoffen te verzamelen en te ordenen, waaruit de hervorming van het rechtswezen van ons vaderland kan worden opgebouwd.” De vereeniging wilde een praktisch doel nastreven: “Zij wil geene theoretische afgetrokken vraagstukken bepraten, niet over ’s Keizers baard redetwisten, integendeel zij wil bijdragen tot een groot algemeen belang: goede recht en een goede rechtspleging.’ Om dat doel te bereiken moet de vereeniging aan drie hoofdvereisten voldoen: ‘zij moet 1°. slechts bestaan uit deskundigen, 2°. zij moet doelmatig zijn ingericht en 3°. zij moet slechts ontwerpen behandelen van actueel belang.”

150 jaar na haar oprichting is er aan de vereiste deskundigheid niet bijzonder veel veranderd. Zo is volgens de meest recente versie van de statuten voor het lidmaatschap van de vereniging nog altijd een zekere mate van deskundigheid vereist, gegoten in het vereiste van een genoten rechtenopleiding.¹ Maar zullen de statuten van de NJV over nog eens 150 jaar nog altijd deskundigheid vervatten in een genoten rechtenopleiding, of heeft tegen die tijd de vereniging haar deuren geopend voor computerwetenschappers, programmeurs,² of IBM’s Ross Intelligence?

Deze vraag dringt zich op omdat de digitalisering en de invloed op de juristerij in een stroomversnelling lijkt te zijn gekomen. De ontwikkelingen lijken zo snel te gaan dat er wordt gesuggereerd dat algoritmes het werk van advocaten gaan

1 Het mag om zowel HBO als WO recht gaan.

2 Overigens zijn er voldoende juristen die *tevens* programmeur zijn of zich computerwetenschapper mogen noemen.

overnemen, robotrechters eraan komen, en notarissen zullen worden vervangen door blockchaintechnologie. Of het werkelijk zo'n vaart neemt valt te betwijfelen. Desalniettemin bracht en brengt digitalisering wel degelijk veranderingen van het werk van de jurist met zich mee. Een essay over dit onderwerp voldoet dan ook direct aan de laatste twee vereisten waaraan de vereniging zichzelf heeft onderworpen in 1870, zijnde een actueel thema vervat in een preadvies.

Het preadvies is ditmaal in de vorm van een essay, op expliciet verzoek van het bestuur van de NJV. Het voetnotenapparaat is daarom beperkt gebleven.

Allereerst worden de ontwikkelingen in de techniek beschreven. In het bijzonder de mogelijkheden die de inzet van kunstmatige intelligentie met zich heeft meegebracht,³ maar ook 'gewone' automatisering komt aan de orde. In het tweede gedeelte wordt gekeken naar de verschillende juridische professies en hoe deze geraakt zijn en worden door de ontwikkelingen. Er wordt afgesloten met het beantwoorden van de vraag of de NJV haar deuren niet moet openen voor deskundigen anders dan juristen.

6.2 Ontwikkelingen in de techniek

6.2.1 Definities

Wanneer we het hebben over digitalisering in het recht, gaat het niet alleen over het omzetten van informatie in een reeks bits die voor de computer leesbaar zijn.⁴ Met digitalisering wordt hier eerder bedoeld op de acceptatie of toename van het gebruik van digitale- of computertechnologie door een organisatie, industrie, land e.d.⁵ Onder deze brede definitie valt het inzetten van verschillende computertechnologie in de juridische wereld. Het gaat daarbij om alles wat men tegenwoordig verstaat onder de term *LegalTech*,⁶ maar ook computertechnologie die niet specifiek is ontwikkeld voor de juridische praktijk maar daar wel (mogelijk) invloed op heeft (gehad), zoals tekstverwerking, blockchain-technologie, of de ontwikkeling en inzet van kunstmatige intelligentie.

Dit vereist wel enige afbakening. Zo zal ik niet een oordeel vellen over de *wenselijkheid* van het inzetten van technologie in de praktijk. Vragen naar de verenigbaarheid van het nemen van juridische besluiten of beslissingen en (enkele van) de fundamentele rechten in een democratische rechtsstaat komen

3 Het betreft hier een zeer beknopte weergave en ik ga in sneltrein door de geschiedenis heen. Het is betreft hier dus geen uitputtende weergave.

4 Een bit is een informatie-eenheid en kan een 0 of een 1 inhouden.

5 En past dus beter bij het Engelse 'Digitalization'.

6 Wat ook wel werd aangeduid als rechtsinformatica: de administratieve automatisering, databanken en 'intelligente systemen'.

hier niet aan de orde.⁷ Denk daarbij aan de risico's die de inzet van algoritmen met zich mee brengen, zoals schending van (fundamentele) rechten van de burger door bijvoorbeeld ongelijke behandeling, uitsluiting en privacy.⁸ Dit betekent tevens dat ik niet zal kijken naar in hoeverre wetgeving veranderd zou moeten worden op basis van ontwikkelingen in techniek, denk aan wettelijke termen als 'schriftelijkheid' of 'ondertekening'. Ik richt me meer op de daadwerkelijke (mogelijke) inzet van de verschillende technieken en de invloed op de juridische beroepen. Natuurlijk is een zekere mate van overlap tussen beide onderwerpen niet geheel te vermijden aangezien de acceptatie en inzet van nieuwe technologieën mede wordt bepaald door de wenselijkheid daarvan en de verenigbaarheid van die inzet met onder andere de fundamentele rechten in een democratische samenleving.

6.2.2 *Digitalisering en juridische professies: niets nieuws onder de zon?*

De relatief recente focus op alles wat maar met *LegalTech* te maken heeft, zou de indruk kunnen wekken dat digitalisering nog maar net aan de gang is. Niets is minder waar. De inzet van computertechnologie in de juridische beroepen is allesbehalve nieuw. Het gaat daarbij niet alleen om automatiseringsprocessen, zoals het inzetten van computers bij tekstverwerking, urenadministratie⁹, of standaardisering van documenten en digitale aanlevering daarvan, die men al decennia kent,¹⁰ ook over de toepassing in het recht van — het buzzword du jour — *Artificial Intelligence* (AI), ofwel kunstmatige intelligentie, wordt al sinds 1970 gesproken. Daarnaast wordt al ruim veertig jaar gewerkt met verschillende praktische toepassingen die voortvloeien uit het zeer actieve onderzoeksveld van de kunstmatige intelligentie en het recht.¹¹

7 Zie daarvoor bijvoorbeeld, M. Vetzo, J. Gerards, R. Nehmelman, *Algoritmes en grondrechten*, (Montaigne Centrum nr. 10, Den Haag: Boom juridisch 2018 of B.M.A. van Eck, M.A.P. Bovens & S. Zouridis, 'Algoritmische rechtstoepassing in de democratische rechtsstaat', *NJB* 2018/2101. Zie voor jurisprudentie ook bijvoorbeeld ABRvS 17 mei 2017, ECLI:NL:RVS:2017:1259, *Computerrecht* 2017/256, m.nt. B.M.A. van Eck (*P4S*) en ABRvS 18 juli 2018, ECLI:NL:RVS:2018:2454, *Computerrecht* 2018/253 (*Blankenburg*). Waarbij het met name ging over geautomatiseerde besluitvorming. Over dat onderwerp zie uitgebreid B.M.A. van Eck, *Geautomatiseerde ketenbesluiten & Rechtsbescherming. Een onderzoek naar de praktijk van geautomatiseerde ketenbesluiten over een financieel belang in relatie tot rechtsbescherming*, (diss. Tilburg) 2018, <https://perma.cc/HUQ7-DSKK>.

8 Zie in dat kader bijvoorbeeld de recente uitspraak van de Rb. Den Haag 05-02-2020, ECLI:NL:RBDHA:2020:865.

9 Zoals bijvoorbeeld de KIK-akten (Ketenintegratie Inschrijving Kadaster) in het notariaat.

10 Zie bijvoorbeeld het SERAC uren- en deklaratiesysteem waarvoor in 1984 in blad *Computerrecht* een advertentie staat.

11 Een mooi overzicht wordt gegeven in: Bench-Capon, T., Araszkiwicz, M., Ashley, K. *et al.* A history of AI and Law in 50 papers: 25 years of the international conference on AI and Law. *Artif Intell Law* 20, 215–319 (2012). Alsmede door Prakken in H. Prakken, 'Komt de Robotrechter Er Aan?' *NJB* 2018/4, pp. 269–274.

6.2.3 Juridische kennissystemen

Aanvankelijk, in de jaren tachtig van de vorige eeuw, werd er in het onderzoeksveld van de AI in het recht flink ingezet op de ontwikkeling van juridische expertsystemen.¹² Later concentreerde de ontwikkeling zich meer op het bredere begrip van de juridische kennissystemen.¹³ Juridische kennissystemen beschikken, kort gezegd, over kennis van een specifiek juridisch domein dat is geformaliseerd in 'als-dan-anders'-regels die door de computer worden toegepast op een door de gebruiker aangegeven casus. Wanneer de gegevens zijn ingevoerd geeft het systeem een antwoord op de vraag. Een versimpelde versie hiervan is bijvoorbeeld de checklist die men moet doorlopen om te bepalen of een (gestandaardiseerde) notariële akte van de HEMA een optie is, of dat men geen 'standaardgeval' is en een notaris maatwerk zal moeten leveren voor het opmaken van de desbetreffende akte. Maar zelfs een dergelijk — in eerste oogopslag simpel kennissysteem — laat al een obstakel zien waar bij de inzet van kennissystemen tegenaan wordt gelopen. Want bij het invullen van een dergelijke checklist wordt het aan de gebruiker overgelaten om feiten te interpreteren. Zo is de eerste vraag bij de service: 'Spreken jij en je partner beiden goed Nederlands en zijn jullie beiden ouder dan 18 jaar?'. Het probleem zit hem bij deze vraag niet in het gedeelte of beiden ouder zijn dan 18 jaar¹⁴ maar in het eerste gedeelte, of 'beiden goed Nederlands' spreken. Dit vereist een kwalificatie van een 'feit'. Iets dat ingewikkelder is dan het lijkt.

Wil een computersysteem een juridisch probleem 'oplossen' zal het eerst de feiten scherp moeten krijgen. Dit geldt ongeacht of het nu gaat om een juridisch kennissysteem of de later te bespreken (argumentatie)systeem. Men zou kunnen denken dat feiten weinig interpretatie behoeven; een feit is immers een feit. Dat blijkt echter wat ingewikkelder. Wanneer feiten niet automatisch kunnen worden vastgesteld¹⁵ uit bijvoorbeeld de Basisregistratie Personen (zoals persoon X is ouder dan 18 jaar) of ze vereisen een juridische kwalificatie (het antwoord op de vraag 'Gaaf het om schade van betekenis?')¹⁶

12 Zie in Nederland in het bijzonder: A. Oskamp, *Het ontwikkelen van juridische expertsystemen - een theoretische beschouwing*, (diss. VU Amsterdam) (Kluwer: Deventer 1990).

13 Het verschil tussen een juridisch kennissysteem en een juridisch expertsysteem is gelegen in de bron van de kennis. Van een expertsysteem is sprake wanneer het gaat om kennis afkomstig van een menselijke deskundige en een systeem dat zoveel mogelijk de kennis van een jurist zou moeten simuleren. Zie bijvoorbeeld Susskind, 'Expert systems in law: a jurisprudential approach to artificial intelligence and legal reasoning', *Modern Law Review* 49/2, pp. 168-194. Die gaat zelfs zo ver dat de expert een (afgestudeerde) jurist moet zijn, en niet een computerwetenschapper met juridische ervaring bijvoorbeeld, zie kritiek daarop: P. Leith, 'The Emperor's New Expert System', *Modern Law Review* 50/1, pp. 128-132. Leith leek al meer toe te werken naar een juridisch kennissysteem. Over het verminderende onderscheid tussen expert- en kennissystemen zie A. Oskamp, 'Rechtsinformatica: 10 Jaar van de Toekomst', p. 121. Zie ook Leith, 'The Rise and Fall of the Legal Expert System' *European Journal of Law and Technology* 2010/1.

14 Mogelijke bewijsrechtelijke problemen daargelaten.

15 Bij blockchaintechnologie wordt de term 'orakel' gebruikt hiervoor.

16 Zie art. 3:4 lid 2 BW, aangaande bestanddeelvorming.

ontstaat er een probleem voor het computerprogramma. Het is dan afhankelijk van de gebruiker. Wanneer de kwalificatie van dit feit wordt overgelaten aan de gebruiker (een juridische leek) dan kan het zo zijn dat de kwalificatie onjuist is en het daarop (mede) gebaseerde antwoord van het kennissysteem eveneens incorrect is.¹⁷ Dit probleem sluit nauw aan bij het probleem van het interpreteren en toepassen van bepaalde juridische regels die ‘vaag’ zijn omschreven.

Al in 1949 werd door Loevinger in de VS een van de grootste problemen van het inzetten van formele computerregels bij het toepassen van het recht uitgesproken.

*“Waarom zou er geen machine gebouwd worden om rechtszaken te beslissen? (...) De moeilijkheid is dat we geen termen hebben om aan de machine te geven, zoals natuurwetenschappelijke onderzoekers die over getallen en symbolen beschikken. Juridische termen zijn bijna allemaal vage formuleringen die slechts een ritualistische betekenis hebben.”*¹⁸

Redelijkheid en billijkheid, onrechtmatige daad, naar verkeersopvatting, passende arbeid, het oogmerk hebben, listige kunstgrepen, allemaal belangrijke normen die gelden binnen het recht maar die moeilijk zijn te formaliseren en zich aldus moeilijk laten vertalen naar ‘als-danregels’.¹⁹

Ondanks deze obstakels en andere,²⁰ werd er flink ingezet op de ontwikkeling van kennissystemen en halverwege de jaren tachtig van de vorige eeuw verschenen ook in Nederland de eerste praktische toepassingen, op het gebied van de alimentatie.²¹ Juridische kennissystemen zijn (later) ook (even) inge-

17 Zie recentelijk H. Prakken, ‘Komt de Robotrechter Er Aan?’ NJB 2018/4, pp. 269-274. Dit is overigens geen nieuwe gedachte en zelfs rechters interpreteren feiten niet op eenzelfde manier. Zie bijvoorbeeld J. Frank, ‘Are Judges Human? Part One: The Effect on Legal Thinking of the Assumption That Judges Behave Like Human Beings’, 80 *University of Pennsylvania Law Review* 1931, p. 17-53.

18 Vertaling uit H.J. van den Herik, *Kunnen computers rechtspreken? (rede.)* Gouda Quint: Arnhem 1991, p. 19. Soms wordt overigens aangesloten bij getallen en zijn de juridische normen vrij recht-toe-rechtaan; denk aan art. 21 RvV 1990 betreffende maximumsnellheden buiten de bebouwde kom.

19 Zie echter ook het onderzoek van bijvoorbeeld Hage en Verheij naar de rol die logica speelt bij het mogelijk kunnen formaliseren van ‘de onrechtmatige daad’.

20 Zoals het probleem van onderhoud van het systeem. Isomorphe representatie lijkt daarbij te kunnen helpen (zo dicht mogelijk aansluiten bij de juridische bronnen waaruit de kennis is afgeleid) of het scheiden van kennis en interactie met de gebruiker, maar die brengen beiden hun eigen problemen met zich mee, zie J. Hage en B. Verheij, ‘Rechtsinformatica: de stand van zaken in de wetenschap’ in: *Informatietechnologie voor juristen. Handboek voor de jurist in de 21e eeuw* (red. A. Oskamp en A.R. Lodder), blz. 65-92. Kluwer, Deventer 1999. Noch betreft het lerende systemen, zie Mireille Hildebrandt. 2011. “Oordeelsvorming door mens en machine: heuristieken, algoritmes en legitimatie”, paper gepresenteerd op het Symposium Juridische Argumentatie, Erasmus University Rotterdam op 24 juni 2011, beschikbaar op http://works.bepress.com/mireille_hildebrandt/38, [een verkorte versie is gepubliceerd in: E.T. Feteris, H. Kloosterhuis, H.J. Plug, J.A. Pontier, C.E. Smith (red.), *Gewogen oordelen. Essays over argumentatie en recht* (Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2012), p. 243-257].

21 Zie ALIM van Sassen en ALIMENT van Fernhout.

zet bij bijvoorbeeld straftoemeting²² en op het gebied van het domein van de Algemene Bijstandswet door middel van het TESSEC-systeem dat door vele gemeenten werd gebruikt.²³ Het TESSEC-systeem was zelfs zo populair dat lokale ambtenaren die het systeem gebruikten teveel gingen vertrouwen daarop, wat in sommige specifieke gevallen zelfs méér fouten genereerde dan wanneer het systeem niet werd gebruikt. Dit lag volgens de onderzoekers ook aan het feit dat de gebruikers onbekend waren met de beperkingen van het systeem en het dus gebruikten én vertrouwden wanneer het systeem aan die verwachtingen niet kon voldoen.²⁴

Nog altijd worden juridische kennissystemen volop ingezet – met name bij uitvoeringsinstanties – en blijken ze nuttig voor de rechtspraktijk. In het bijzonder wanneer de regelgeving ondoorzichtig en/of complex is voor de toepasser kan een systeem dat het werk voor je overneemt en je alleen om enkele feiten vraagt zeer nuttig zijn (met inachtneming van de hierboven genoemde mogelijke problemen daarmee).

De voorspellingen die nog wel eens werden gemaakt dat expertsystemen de jurist zou vervangen zijn niet uitgekomen noch is de verwachting dat ze dit ooit zullen doen.

6.2.4 *Een hooiberg aan gedigitaliseerde (juridische) informatie*

Een belangrijke algemene ontwikkeling in digitalisering die ook haar weerslag heeft gehad op de manier waarop juristen werken, betreft de mogelijkheid van het digitaal maken van informatie zelf. Daaronder moet immers ook juridische informatie of informatie die juridisch interessant kan zijn worden verstaan. Met de komst van computers en de mogelijkheid om informatie te vervatten in bits en bytes in plaats van op papier, kwam er direct ook de mogelijkheid om grotere hoeveelheden informatie voor langere duur te bewaren. De fysieke limitatie die papier met zich meebracht voor de opslag van informatie (kostbaar; kwetsbaar en neemt veel fysieke ruimte in beslag) zorgde ervoor dat er keuzes moesten worden gemaakt over welke informatie werd vernietigd om ruimte te maken, terwijl door de komst van digitale opslagmethoden en de (daarmee gepaarde) exponentiële groei van beschikbare opslag-

22 U.J. Schild, *Intelligent Computer Systems for Criminal Sentencing*, ICAIL95, p. 229-238 en E.W. Oskamp, *Computer-ondersteuning bij Straftoemeting. De ontwikkeling van een databank* (diss. Leiden), Deventer: Goude Quint 1998.

23 Zie hierover uitgebreid: M.A. Nieuwenhuis, 'TESSEC: een expertsysteem voor de Algemene Bijstandswet' (diss.) Kluwer: Deventer 1989.

24 Marga M. Groothuis and Jörgen S. Svensson, 'Expert system support and juridical quality' in: Joost Breuker, Ronald Leenes and Radboud Winkler (eds.), *Legal Knowledge and Information Systems. Jurix 2000: The Thirteenth Annual Conference*. Amsterdam: IOS Press, 2000, pp. 1-10. Vergelijk met het later te bespreken Explainable Artificial Intelligence.

ruimte de vraag veeleer is geworden, welke informatie willen we *verwijderen*, in plaats van bewaren.²⁵

De enorme hoeveelheid (juridische) informatie die beschikbaar is geworden door digitalisering is zowel een zege als een vloek, want hoe vind je in al die informatie nu juist het antwoord op die ene vraag die je hebt? Hoe zorg je dat je iedereen die relevante opmerkingen heeft gemaakt over het onderwerp van onderzoek ook vindt, zodat je over alle relevante informatie beschikt?²⁶ Hiervoor zijn de juridische databanken in de praktijk onontbeerlijk. Ook deze bestonden al voordat computers hun intrede deden, maar voor het zoeken was men dan aangewezen op de hulp van een bibliothecaris, de signaleringen van nieuw gepubliceerd materiaal in (juridische) tijdschriften, collega's en de kaartenbak. De kaartenbak is veelal vervangen door een zoektocht via bijvoorbeeld Google (Scholar) naar open access materiaal, of, als daar een abonnement voor is, een zoektocht door de online commerciële juridische databanken zoals LegallIntelligence, OpMaat, Rechtsorde, Navigator etc.²⁷

6.2.5 Het zoeken naar een digitale speld

Juridische databanken zoals hierboven omschreven zullen door hen aangegeven 'relevante documenten' als output hebben, maar de vervolgstap is dat men zoekt naar een antwoord op de vraag, niet een document waarin mogelijk het antwoord in staat. Omdat deze twee onderwerpen dicht bij elkaar liggen worden ze gedeeltelijk gezamenlijk hieronder behandeld.

Zoeken brengt namelijk meerdere (technische) obstakels met zich mee, die moeten worden overwonnen voordat de resultaten daadwerkelijk relevant zijn voor diegene die naar een document of informatie in een document zoekt. Het gaat hier om het vertalen van een door de gebruiker in gewone mensentaal (*natural language*) omschreven vraag in een door de computer te begrijpen zoekopdracht. Vervolgens gaat het computerprogramma daadwerkelijk zoeken, maar hóé dan? En van alle resultaten die worden gevonden, welke wordt als eerste getoond aan de gebruiker? Dit zijn vragen waar onderzoekers in AI en recht zich al decennia mee bezig houden.

6.2.5.1 WAT ZEGT U?

Het eerste probleem is de vertaalslag die een computer moet maken. Zo is het zoekveld open en is het aan de gebruiker van het systeem om de zoekopdracht

25 L. Floridi, *The Fourth Revolution*, Oxford: Oxford University Press 2014, p. 21.

26 Maar ook – en dit is vooral voor wetenschappers van belang – hoe voorkom je dat je pretendeert een originele gedachte te hebben, terwijl uit diepgravend onderzoek blijkt dat een ander je voor was met dat idee?

27 Er zijn ook domeinspecifieke databanken, denk bijvoorbeeld aan de voor het bouwrecht belangrijke IBR Tracker. Daarnaast zijn er ook de open data van de overheid, zoals het Basis Wetten Bestand en de uitspraken via rechtspraak.nl.

in zijn of haar eigen woorden te omschrijven.²⁸ Het is dan aan de computer om door middel van (steeds vaker) natural language processing de in gewone mensentaal omschreven vraag te vertalen naar een voor de computer uit te voeren zoekopdracht aan de hand waarvan de informatie kan worden gezocht die past bij de gestelde vraag. In het juridische domein is Ross Intelligence hier bijvoorbeeld erg goed in. Dit programma kan een vraag in gewone mensentaal verwerken.

Vaker wordt echter nog gebruikgemaakt van de oude manier; namelijk de gebruiker inzetten om de computer te helpen bij de vertaalslag, doordat de gebruiker een vraag in trefwoorden formuleert en daarbij (het liefst) gebruikmaakt van BOOLEAN zoektermen.²⁹

6.2.5.2 WAT BEDOELT U?

De kwaliteit van de vertaalslag is cruciaal, omdat dit bepalend is voor de vraag of de output relevant is voor de gebruiker. Dit betekent dat een computer niet alleen de zin letterlijk moet vertalen naar een zoekopdracht in computertaal, maar ook de daadwerkelijke vraag van de gebruiker moet ‘begrijpen’: wat wil diegene weten?³⁰ Hierbij moet een tweede soort vertaalslag worden gemaakt. Van woord naar concept. Anders kan het programma alleen zoeken naar specifiek woordengebruik in dezelfde combinaties als die de gebruiker aan geeft.³¹ Synoniemen en woorden die eveneens (juridische) concepten inhouden die de betekenis van het gezochte woord omvatten worden dan overgeslagen bij de zoektocht.³² Wanneer woorden echter worden omgezet in concepten of in trefwoorden die op een lijst met daaraan gekoppelde docu-

28 Daarmee onderscheidt het zich dus van een juridisch kennissysteem waarin de vragen in wezen al voorgeprogrammeerd zijn. Het systeem is ontwikkeld om één of meerdere vooraf bekende vragen te kunnen beantwoorden. Overigens is NLP ook van belang bij juridische kennissystemen met open velden voor input van aanvullende feiten of informatie bijvoorbeeld.

29 Zoals ‘AND’ ‘OR’ ‘NOT’. In dat geval vertelt de gebruiker wat de verhouding tussen verschillende trefwoorden moet zijn bij het zoeken. Google (Images) staat dergelijk gebruik ook toe, zie bijvoorbeeld het verschil in resultaten tussen het zoeken naar afbeeldingen met de term *latex* en een zoekopdracht *latex AND software*.

30 Zie ook Moens, M. Innovative techniques for legal text retrieval. *Artificial Intelligence and Law* 9, 29–57 (2001) doi:10.1023/A:101129710492.

31 Zoals bijvoorbeeld een eenvoudige GREP zoektocht. Grep is een command line programma voor van oorsprong unix systemen ofwel Linux en MacOS (hoewel bijv. PowerGrep de functionaliteit naar Windows haalt). Grep staat voor global/regular expression/print. Het programma kan door een bestand of lijst bestanden heenlopen (global) daarbinnen zoeken naar een reguliere expressie (regular expression) en dan iedere match laten zien (print). Een reguliere expression of RegEx is een voor de computer te begrijpen manier van patronen omschrijven. Op die manier kan binnen de open data van rechtspraak.nl worden gezocht naar het gebruik van een bepaalde term of combinatie van tekens. Zo levert het zoeken naar (excu) matches op als ‘excuses’ ‘excuseren’ ‘excusus’ maar ook het niet relevante ‘excursie’.

32 Zo zullen bij de zoektocht naar ‘excuses’ niet documenten worden gevonden die enkel spreken over bijvoorbeeld ‘spijtbetuiging’ of ‘verontschuldiging’ terwijl deze ook relevant (kunnen) zijn.

menten staan bijvoorbeeld, wordt de zoektocht een stuk gericht en ‘relevanter’ voor de gebruiker.³³

6.2.5.3 HET VINDEN VAN INFORMATIE

Voordat we het kunnen hebben over het vinden van *relevante* informatie die voldoet aan de zoekopdracht van de gebruiker, is het van belang dat de informatie überhaupt doorzoekbaar is voor een computer. Het gaat hierbij om het belang van datakwaliteit en beschikbaarheid. Het gaat dan niet om de inhoud van de juridische informatie zelf, maar de toegang daartoe.

De eerste stap daarvoor was het zoals hierboven omschreven omzetten van papieren informatie naar digitale informatie.³⁴ Zo kan ik met mijn telefoon foto’s maken van pagina’s van boeken in de bibliotheek die vervolgens digitaal zijn weergegeven, maar een computer moet dit dan ook nog als tekst kunnen herkennen. Van belang zijn in dit kader de ontwikkelingen op het gebied van handschriftenherkenning en voor het herkennen van (gedrukte) tekst bij scans of foto’s daarvan in het bijzonder ontwikkelingen op het gebied van OCR technologie.³⁵ Dit zorgt ervoor dat tekens worden herkend als letters en letters in samenhang als woorden.

De tweede stap van datakwaliteit hangt samen met het probleem van een gebrek aan structuur. Veel tekst die als bron dient voor juridische informatie is ongestructureerd, wat het zoeken ingewikkelder maakt. Gestructureerde data in (relationele) databases bijvoorbeeld is daarentegen aanzienlijk beter doorzoekbaar voor een computer. Daarnaast bestaan er ook nog zogenoemde semi-gestructureerde documenten, zoals bijvoorbeeld XML-bestanden, die worden ingezet om bijvoorbeeld gestandaardiseerde notariële akten aan te leveren bij het Kadaster, of om veel informatie van de Overheid middels open data te ontsluiten, waaronder de landelijke wet- en regelgeving in het Basis Wetten Bestand.³⁶ Ook zijn bijvoorbeeld de uitspraken gepubliceerd op rechtspraak.nl op te vragen als XML-bestanden. De mate van structuur aangebracht in de verschillende semi-gestructureerde XML-bestanden verschilt echter en zorgt er niet per definitie voor dat alle inhoud daarvan gestructureerd is. Zo is een uitspraak in XML-format voorzien van nuttige metadata over de uitspraak (zoals instantie, datum, rechtsgebied, etc.), maar is er geen enkele structuur

33 De vraag is hoe deze lijst van trefwoorden wordt gekoppeld aan de documenten. Dit kan zowel via de metadata van het document zelf of aan informatie *in* het document. Voorheen vereiste dit handmatig taggen/coderen/linken van en het samenstellen van dergelijke woordenlijsten voor documenten. Tegenwoordig het lijkt erop dat dit ook geautomatiseerd kan worden en niet langer mensenwerk zal zijn (in de nabije toekomst). Zie ook Chalkidis, I., Kampas, D. Deep learning in law: early adaptation and legal word embeddings trained on large corpora. *Artif Intell Law* 27, 171–198 (2019) doi:10.1007/s10506-018-9238-9.

34 Zie ook de voorbeelden in het referaat van Tjong Tjin Tai, paragraaf 7.1.

35 Optical Character Recognition.

36 Ofwel alle wetten.

verder wat betreft de inhoud (denk aan aangeven wat het dictum is, wat de eis is, de feiten, het procesverloop, etc.).

Een derde stap van datakwaliteit is de eenvormige manier van het verwijzen naar andere relevante documenten.³⁷ Het gaat hier zowel om consistentie in verwijzen naar rechtspraak, wetten en regelgeving, artikelen van specifieke wetten of regelgeving, maar ook juridische literatuur.³⁸ Zo wordt naar ‘de Haviltex-maatstaf’ verwezen, maar ook naar LJN AG4158, NJ 1981/635, ‘HR, 13 maart 1981, zaaknr. 11.647’ en sinds kort ook:³⁹ ECLI:NL:HR:1981:AG4158. Consequent gebruik van verwijzingen bij uitspraken is in het bijzonder van belang voor netwerkanalyses van uitspraken en is ook relevant voor het onderling verbanden leggen tussen verschillende documenten en regelgeving.⁴⁰

Verder is voor het vinden van informatie van belang dat de gegevens niet alleen gedigitaliseerd zijn, maar ook (vrijelijk) beschikbaar zijn. Dit is niet een technisch obstakel dat moet worden overwonnen, maar desalniettemin zeer relevant voor de ontwikkeling van dit gebied. De juridische databanken zoals omschreven in paragraaf 6.2.4 en 6.2.5 zitten vol met informatie waarvoor een (duur) abonnement nodig is om deze in te zien. Maar ook niet-commerciële databases zijn niet altijd volledig. Zo is de database van uitspraken van rechtspraak.nl weliswaar volledig beschikbaar als open data, maar de inhoud betreft minder dan 10% van het totaal aantal uitspraken dat is gedaan door de verschillende gerechtelijke colleges. Dit geringe aantal is voor de jurist die handmatig gaat zoeken en alle uitspraken die als ‘relevant’ worden aangemerkt opent en doorleest (wellicht) een zege, maar blijft daarmee wel een incomplete dataset, waardoor de kwaliteit van de computergestuurde zoeksystemen en juridische informatievergaring wordt gehinderd.⁴¹

6.2.5.4 HET VINDEN VAN RELEVANTE INFORMATIE

Wanneer het computersysteem een bestand of bestanden met documenten heeft om informatie in te zoeken, volgt het zoeken naar *relevante* informa-

37 Wat betreft AI toepassingen die gebruik maken van (oude) zaken is het belang van kwalitatief, ook *inhoudelijk* kwalitatief hoogstaande data essentieel. Zoals het zoveel mogelijk vermijden van bias in de informatie.

38 Zie uitgebreid M. van Opijnen, “Legal(Ly) Linked Data. Over de Noodzaak Tot Betere Standaardisatie van Juridisch Bronmateriaal,” *Computerrecht*, no. 2 (2018): 64–69. Zie ook Tang G, Guo H, Guo Z, Xu S (2016) Matching law cases and reference law provision with a neural attention model. IBM China Research, Beijing.

39 Zo is rechtspraak.nl recentelijk ook begonnen met ontsluiten van oude belangrijke arresten via hun platform en voorzien van een ECLI-nummer. Hoewel, een ECLI-nummer overigens ook opgebouwd kan worden als men het jaartal, LJN-nummer en de instantie weet.

40 Zie de enorme stappen die hierbij al zijn gezet het LiDO project; <https://linkeddata.overheid.nl/front/portal/bron>.

41 Waarbij kwaliteit hier dus betekent volledigheid.

tie.⁴² Dit betekent dat er een rangschikking moet komen van alle gevonden documenten/informatie.

Om relevante informatie te vergaren wordt aangesloten bij de verschillende manieren waarop het systeem de vraag kan interpreteren. Het analyseren van de vraag (zoals omschreven in paragraaf 6.2.5.2.) bijvoorbeeld om erachter te komen wat er daadwerkelijk wordt gevraagd met de zoekopdracht is ook hier weer van belang.⁴³ Zo kan het systeem meerdere interpretaties van de vraag hebben, aan de hand waarvan de relevantie van de informatie die is gevonden wordt bepaald.

Vervolgens kan een rangschikking worden gemaakt op basis van verschillende datapunten (zoals soort document, herkomst, instantie, auteur, datum, rechtsgebied, aantal keer naar verwezen, aantal keer geciteerd) waarbij voor ieder datapunt ook een gewicht kan worden toegekend en een inschatting van de mate van zekerheid/of ‘vertrouwen’ dat het systeem heeft in een dergelijke kwalificatie.⁴⁴ Vervolgens kan met behulp van een statistische berekening met inzet van bijvoorbeeld *machine learning* de mate van relevantie van een bepaald document of informatie worden bepaald.⁴⁵

6.2.5.5 DE TERUGKOPPELING – OUTPUT

Wanneer de relevante informatie is gevonden moet deze worden teruggekoppeld als ‘antwoord’ op de gestelde vraag van de gebruiker. Als het gaat om het bevragen van juridische databanken voor een specifiek document wordt veelal een lijst met documenten getoond. Sommige systemen laten daarbij ook in ‘snippets’ citaten uit de tekst zien waar de gezochte termen in terugkomen. Dergelijke simpele zoeksystemen waarbij het gaat om het opzoeken van documenten ofwel *document retrieval* bestaan al decennia en worden door (vrijwel) alle juridische professies gebruikt.⁴⁶

Dergelijke systemen vormen een belangrijke ondersteuning voor het werk van juristen. Het vervangt ze echter niet. Wil een computersysteem daadwerkelijk een bedreiging vormen voor de juridische professies, dan zal het specifieke taken van de jurist moeten overnemen die voorheen enkel aan haar zijn

42 Zie bijvoorbeeld van Opijnen, M., Santos, C. On the concept of relevance in legal information retrieval. *Artif Intell Law* 25, 65–87 (2017) doi:10.1007/s10506-017-9195-8.

43 Het gaat hier om zogenoemde cognitieve relevantie.

44 Dit zijn mogelijkheden, het is niet zo dat iedere rangschikking op deze manier plaatsvindt.

45 Zie bijvoorbeeld IBM’s Watson dat voor een enkele vraag tot wel een miljoen verschillende confidence-scores kan komen voor wel honderd verschillende mogelijke uitkomsten. Het voorbeeld van de laatste vraag van Jeopardy! waar IBM’s Watson aan meedeed in 2011 laat zien dat zelfs zoveel verschillende mogelijkheden toch niet altijd het ‘juiste’ antwoord als meest relevant weet aan te merken. Maar dit vormt alleen een probleem als er maar één resultaat wordt getoond. Wanneer – zoals mijn verwachting voor daadwerkelijke inzet van dit *soort* systemen – meerdere resultaten worden getoond en de uiteindelijke beslissing ligt bij de gebruiker, zal dit geen probleem vormen.

46 Zeker als men bedenkt dat ook bijvoorbeeld wetten.overheid.nl en rechtspraak.nl onder de definitie van juridische databanken vallen.

toegekend of toevertrouwd door wet- of regelgeving. Een belangrijke ontwikkeling en mogelijke bedreiging voor de juristerij vormt daarbij de ontwikkeling van computermodellen die niet alleen informatie in documenten kunnen vinden en het document vervolgens tonen, maar de systemen die juridische argumentatie kunnen vinden en die deze zelf kunnen formuleren.

6.2.6 *Juridische argumentatie*

IBM's Watson is een voorbeeld van de beperkingen van de techniek.⁴⁷ Het kan heel goed een antwoord geven op een gestelde vraag, wat ongelofelijk knap is, maar schrijft nog niet uw volgende pleitnota of memo.⁴⁸ Hetzelfde geldt voor de op Watson gebaseerde juridische variant Ross Intelligence. Ross kan op basis van een vraag resultaten weergeven in de vorm van relevante passages uit uitspraken die zien op het onderwerp⁴⁹ – overigens voor alsnog alleen voor Amerikaans recht – maar neemt zelf geen beslissing over de toepassing, noch formuleert het juridische argumenten.

6.2.6.1 XAI

Er bestaat wel zoiets als XAI, ofwel Explainable Artificial Intelligence, waarbij het desbetreffende computermodel door middel van AI tot een antwoord komt op een vraag en daarbij ook 'uitlegt' hoe het tot dat antwoord is gekomen. Alleen is dit een vorm van onderbouwen die juridisch sluitend noch begrijpelijk is met de huidige stand van de techniek. Als we bijvoorbeeld kijken naar de hierboven gegeven uitleg van het bepalen van relevante informatie voor het beantwoorden van een vraag door IBM's Watson (zie paragraaf 6.2.5.4) dan zou de uitleg van het systeem een uiteenzetting kunnen zijn van de miljoenen verschillende mogelijke permutaties van een classificatie.⁵⁰ Dit kan zorgen voor een onleesbaar en onbegrijpelijk document, dat daarmee haar doel voorbij schiet. Het lost het probleem van het gebrek aan transparantie dat veelal debet is aan AI (zeker wanneer gebruik wordt gemaakt van machine learning technieken) niet daadwerkelijk op. Sterker nog, het kan zelfs averechts werken.⁵¹ Doordat je ziet 'hoe de worst gemaakt wordt' is je honger verdwenen in plaats van gestild. XAI wekt dus nog niet per se vertrouwen op

47 Watson is de 'supercomputer' van IBM die door de inzet van kunstmatige intelligentie door mensen gestelde vragen kan beantwoorden. Zie <https://perma.cc/7NNA-QR4X>.

48 Ashley, *Artificial Intelligence and Legal Analytics*, 3.

49 Relevantie kan zien op soortgelijke feiten, soortgelijk procesverloop of een combinatie van verschillende algoritmes waaruit een relevante passage volgt die mogelijk als argument kan dienen met de mate van zekerheid erbij in percentage gegeven. Zie verder Remus and Levy, "Can Robots Be Lawyers?," 27 et seq.; Ashley, *Artificial Intelligence and Legal Analytics*, 351–52.

50 Ofwel het aantal verandering in de volgorde van de classificatie.

51 Cor Steging, Lambert Schomaker, Bart Verheij (2019). The XAI Paradox: systems that perform well for the wrong reasons. Invited for presentation and submission to post-proceedings of *BNAlC 2019*.

in de werking van het uitgelegde computermodel. Los van de vraag in hoeverre dergelijke XAI daadwerkelijk inzichtelijk kan maken hoe de AI tot de uitkomst is gekomen zodat een menselijke expert het kan begrijpen, is daarmee nog altijd niet juridisch beargumenteerd hoe de AI tot deze uitkomst is gekomen.⁵²

6.2.6.2 JURIDISCHE ARGUMENTATIE HERKENNEN EN VERWERKEN

Of dit binnen afzienbare tijd zal lukken – of ten minste binnen de komende 150 jaar – hangt af van de ontwikkelingen op het gebied van juridische argumentatiesystemen⁵³ en het kunnen herkennen van argumenten in tekst en deze eruit halen ook wel bekend als *argumentation retrieval* en *argument mining*. Deze laatste is de volgende stap van wat hiervoor al is omschreven met betrekking tot het vinden van (relevante) informatie in documenten ofwel *information retrieval*.

Allereerst de (kennisgebaseerde) juridische argumentatiesystemen.⁵⁴ Deze zijn, anders dan de juridische kennissystemen in paragraaf 6.2.3 besproken, geen regelgebaseerd systemen in de zin dat het niet de formele als-dan-regels gebruikt om tot een uitkomst te komen. De argumentatiesystemen betreffen veeleer een zaaksgebaseerd systeem⁵⁵ dat het ingegeven probleem (input) evalueert door het te vergelijken en differentiëren van de zaken opgenomen in het onderliggende kennissysteem.⁵⁶ Zeer kort gezegd,⁵⁷ wordt de uitkomst (output) onderbouwd aan de hand van argumenten die kunnen worden aangevallen en vervolgens weer worden weerlegd of bevestigd.⁵⁸ De verschillende dimensies of factoren⁵⁹ die meegenomen worden in de argumentatie moeten nog altijd worden ingevoerd in het systeem door jurist en daarom betreft het nog altijd – zij het een (zeer) geavanceerde vorm van – juridische kennissys-

52 Ik spreek hier over AI en niet algoritme, omdat het veelal niet beperkt is tot de inzet van één algoritme maar een hele reeks. Zie bijvoorbeeld het hierboven omschreven zoeken naar informatie, in paragraaf 6.2.5.

53 Uitgebreid het onderwerp zie met name B. Verheij, *Arguments for good artificial intelligence*, (oratie) Universiteit van Groningen: Groningen (2018).

54 Ashley noemt dit computational models of legal reasoning, Ashley, *Artificial Intelligence and Legal Analytics*, 4. Zie ook Henry Prakken, "Legal Reasoning: Computational Models," in *International Encyclopedia of the Social & Behavioral Sciences* (Elsevier, 2015), 784, <https://doi.org/10.1016/B978-0-08-097086-8.86161-9>. en H. Prakken, *Logical models of legal argumentation*. In M. Knauff & W. Spohn (eds.): *The Handbook of Rationality*. Cambridge, MA: MIT Press, in press.

55 Hoewel ook zeer veel aandacht is voor de integratie met regelgebaseerde systemen, zie H. Prakken & G. Sartor (1998). *Modelling reasoning with precedents in a formal dialogue game*. In *Judicial applications of artificial intelligence* (pp. 127-183). Springer, Dordrecht.

56 Geïntroduceerd door het HYPO systeem, zie K.D. Ashley, 'Reasoning with cases and hypotheticals in HYPO' *International Journal of Man-Machine Studies* 34-6, 1991, pp 753-796.

57 Dit betreft een zeer summiere en enorm gesimplificeerde uitleg van de argumentatiesystemen.

58 Het CATO systeem introduceerde daarnaast ook nog de mogelijkheid om het belang van een bepaalde uitspraak te benadrukken of af te zwakken

59 Verder uitgewerkt het met invloedrijke CATO systeem V.A.W.M.M. Aleven, *Teaching Case-Based Argumentation Through a Model and Examples*, (diss.) University of Pittsburgh 1997.

temen. Zij hebben echter minder last van de problemen waar de eerder genoemde juridische kennissystemen debet aan zijn.⁶⁰

Het herkennen van argumenten uit teksten of *argumentation retrieval*, is daarentegen anders van opzet. De extra stap komt er simpel gezegd (maar moeilijk uit te voeren) op neer dat zinnen als een argument kunnen worden herkend en of het een argument voor of tegen een bepaalde stelling betreft.⁶¹ Deze worden vervolgens uit de tekst gehaald (*argument extraction*) en uiteengezet of gebruikt om bijvoorbeeld een specifieke casus te vergelijken en/of af te zetten tegenover eerder gewezen uitspraken.⁶² Hier komen de argumentatiesystemen om de hoek kijken.

Voor *argumentation retrieval* is de structuur *binnen* het document ook belangrijk. Hoe is een artikel, uitspraak of beslissing opgebouwd en worden de argumenten omschreven. Hoe consequenter de weergave, hoe gemakkelijker het is om een systeem te leren deze formuleringen te herkennen.⁶³

Ashley is positief gestemd over het vooruitzicht van de mogelijkheden die *argument extraction* biedt en stelt dat de ontwikkelingen in tekstanalyse en tekstverwerking zodanig zijn dat inmiddels applicaties kunnen worden ontwikkeld waarbij argumenten kunnen worden gehaald uit teksten op basis waarvan voor een nieuwe zaak relevante argumenten kunnen worden uitgelicht. Prakken noemt het vooral fascinerend onderzoek, maar ziet nog maar bescheiden resultaten.⁶⁴ Beiden zien overigens in de toekomst van *argument mining* het vervullen van een ondersteunende rol voor de jurist. Het kan mogelijkheden bieden om verschillende kanten van een juridisch probleem te belichten en argumenten voor en tegen een bepaalde stelling te kunnen weergeven, en (mogelijk) weerleggen.⁶⁵ Alleen een beslissing daarop nemen – zeker wanneer het complexe zaken betreft –⁶⁶ lijkt een brug te ver. Zowel Prakken als Ashley, en met hen vele anderen in het veld, zien veeleer een rol weggelegd voor dit soort technologie als ondersteuning van de jurist. De belofte van de argumentatiesystemen als daadwerkelijke beslissystemen lijkt daarmee nog te voorbarig.

60 Zo zijn kennisgebaseerde argumentatiesystemen gemakkelijker aan te passen en kunnen nieuwe argumenten worden geformuleerd op basis van de informatie in het kennissysteem opgenomen.

61 Zie uitgebreid, Wyner A., Mochales-Palau R., Moens MF., Milward D. (2010) Approaches to Text Mining Arguments from Legal Cases. In: Francesconi E., Montemagni S., Peters W., Tiscornia D. (eds) *Semantic Processing of Legal Texts. Lecture Notes in Computer Science*, vol 6036. Springer, Berlin, Heidelberg.

62 Het gaat hier dus niet om regelgebaseerde systemen maar veelal zaaksgebaseerde systemen.

63 In zoverre is het dus maar de vraag of het publiceren van de helft van alle strafvonnissen als promissie-uitspraak een voordeel oplevert voor de ontwikkeling van computergestuurde systemen.

64 Prakken, 'Komt de Robotrecht Er Aan?' *NJB 2018/4* pp. 269-274.

65 Zie ook Prakken, H. AI & Law, Logic and Argument Schemes. *Argumentation* 19, 303-320 (2005) doi:10.1007/s10503-005-4418-7. Zie ook B. Verheij, *Arguments for good artificial intelligence*, (oratie) Universiteit van Groningen: Groningen (2018), p. 37 e.v..

66 Maar ook wanneer het gaat om 'standaardzaken', zie daarvoor de problemen die ontstaan bij de interpretatie van feiten en het bewijsrecht.

Dergelijke systemen ontbreken ook nog de mogelijkheid om *nieuwe* argumenten zelf te formuleren. De argumenten die worden aangedragen zijn niet origineel, terwijl juist door het formuleren en aandragen van nieuwe argumenten rechtsontwikkeling kan plaatsvinden. Originele toepassing van wetbepalingen in situaties waarin zij tot dusver nog niet waren gebruikt, denk aan de eerste keer dat voor effectenlease artikel 1:88 BW (betreffende toestemming van de echtgenoot/echtgenote is vereist) werd aangevoerd, ligt nog niet binnen het bereik van dergelijke argumentatiesystemen.

Het is uiteindelijk de menselijke jurist die de creativiteit brengt, die de daadwerkelijke knoop zal moeten doorhakken en die een beslissing neemt.

6.2.7 (Administratieve) automatisering

Wellicht een van de meest belangwekkende ontwikkelingen voor de rechtspraktijk, is tot dusver niet de inzet van juridische kennissystemen geweest of de potentie die argumentatiesystemen met zich meebrengen, maar blijken ontwikkelingen in digitalisering te zijn die niet specifiek op de juridische praktijk of het werk van een jurist zijn gericht.

Ik doel hier op de invloed die automatisering en digitalisering in brede zin heeft gehad. De introductie van de computer en de mogelijkheden op het gebied van tekstverwerking en opslag/archivering hebben naar mijn mening een grotere impact gehad op het werk van juristen en het ondersteunend personeel van juristen in de dagelijkse praktijk, dan de ontwikkeling van juridische kennis- of argumentatiesystemen. In zekere zin zijn die laatsten nog een beetje een ver-van-mijn-bedshow (geweest), waarvan de impact vooral *in potentie* groter is (en was) dan de daadwerkelijke inzet in de rechtspraktijk. Dat in tegenstelling tot het feit dat vrijwel iedere jurist werkt met tekstverwerkingsprogramma's, spreadsheets, communicatie- en planningssoftware. Het succes van dergelijke inzet van digitale technologie is wijdverspreid en te verklaren door dat het veelal een besparing opleverde op, onder andere, ondersteunend personeel.⁶⁷

Hierbij kan ook de invloed die geautomatiseerde administratieve afhandeling heeft gehad, worden genoemd. Denk aan de geautomatiseerde manier van het administratief verwerken van snelheidsovertredingen of het toekennen van kinderbijslag.⁶⁸ Waar voorheen ambtenaren (overheidsjuristen of anderszins) nodig waren om dergelijke beslissingen te nemen, zijn deze tegenwoordig vervangen door computersystemen.

Het ondersteunend personeel had en heeft met name te lijden onder de opkomst van de hierboven benoemde administratieve automatiseringssyste-

67 R.W. Becker, 'Werkplekautomatisering voor advocaat en notaris; zonder doel geen resultaat', *Computerrecht* 93/5, pp. 194-197.

68 Uitzonderingsposities daargelaten.

men. De tekstverwerker en planningssoftware vervangen taken die voorheen door een secretaresse werden uitgevoerd.⁶⁹ Ook specifiek voor de juridische sector ontwikkelde software, bijvoorbeeld, die tijd in bepaalde documenten en programma's automatisch bijhoudt, vergemakkelijkt het werk van de advocaat die iedere zes minuten moet verantwoorden. De inhoud van het werk verandert daardoor echter niet. Het blijft hier nog grotendeels bij ondersteuning.⁷⁰

Standaardisatie van documenten en het werken met templates herbergt naast een ondersteunende rol ook een mogelijke bedreiging voor juristen in zich. De door Kluwer ontwikkelde Modellen voor de Rechtspraktijk bijvoorbeeld reduceren het opstellen van een breed scala aan documenten tot het invullen van een standaardformulier.⁷¹ De modellen helpen een familierechtadvocaat bijvoorbeeld bij het in samenspraak met de cliënt opstellen van een ouderschapsplan, of een IE-jurist bij het opmaken van een akte van overdracht en levering van auteursrecht. De standaardisatie vervult zo een ondersteunende rol. Het standaardiseren van de documenten betekent echter ook dat de vraag naar voren komt; waarom zou een jurist deze gegevens moeten invullen, zou de cliënt dit niet zelf kunnen doen?

De advocaat, notaris of bedrijfs- of overheidsjurist zal in dat geval haar meerwaarde moeten aantonen. Waarom heb je een familierechtadvocaat nodig bij het opstellen van een ouderschapsplan? Niet alleen om checkboxes aan te vinken en je persoonsgegevens in te vullen. De familierechtadvocaat is er ook, en voornamelijk zelfs, om je belangen te behartigen, te wijzen op de gevolgen van een bepaalde beslissing die in eerste instantie niet te overzien zijn of om te controleren of je daadwerkelijk begrijpt wat een bepaalde term inhoudt voordat je een vinkje aankruist. Zie bijvoorbeeld ook de *belehrungspflicht* van de notaris, hieronder nog nader te bespreken.

6.3 De juridische professies en ontwikkelingen die (mogelijk) disruptief zijn of ondersteunend

Wat betekent al het voorgaande nu voor de verschillende beroepsgroepen? In hoeverre wordt de advocaat, overheidsjurist, notaris of rechter geholpen of zelfs vervangen door de verschillende technologische ontwikkelingen en digi-

69 Zie ook referaat van Tjong Tjin Tai die zich terecht afvraagt of dit nu een vermindering van de werkzaamheden van de jurist met zich meebrengt aangezien deze zelf nu zorg moet dragen voor de verwerking van het document in plaats van het kunnen dicteren hetgeen aanzienlijk sneller gaat.

70 Dit geldt ook voor de door Van Ettekoven en Marseille omschreven platforms die advocaat (maar ook mediator of notaris) en cliënt bij elkaar brengen door vraag en aanbod te linken. Dergelijke (online) dienstverlening is een welkome ontwikkeling voor juristen en vormt geen bedreiging. Zie paragraaf 6.3.3.

71 Wanneer het invullen gereduceerd is tot enkele feiten komt in wezen deze standaardisatie neer op een regelgebaseerd juridisch kennissysteem. Zie daarover paragraaf 6.2.3.

talisering?⁷² Veel van de hierboven beschreven ontwikkelingen raken de verschillende juridische professies gelijk, terwijl andere ontwikkelingen specifieke bedreigingen vormen voor bepaalde beroepen. Zij verdienen daarom apart aandacht. Toch moet ik ook toegeven dat ik er niet aan ontkom in het onderstaande onderwerpen te bespreken die niet exclusief voor de desbetreffende beroepsgroep dienen, zij passen echter wellicht ‘het beste’ daar.

6.3.1 *De advocaat*

In het kader van dit onderwerp is het niet mogelijk om te spreken over ‘de’ advocaat. Het bestaan van verschillende specialisaties binnen de advocatuur heeft ook zijn weerslag op de specifieke taken die de desbetreffende advocaat uitvoert. Een advocaat die een overname van een bedrijf begeleidt, heeft aanzienlijk andere werkzaamheden dan een advocaat werkzaam in de sociale advocatuur. De mededingingsrechtadvocaat doet weer iets totaal anders dan een curator als afwikkelaar van een faillissement. Allen doen echter tot op zekere hoogte hetzelfde werk als men maar abstract genoeg kijkt. Zo wordt er contact onderhouden met cliënten, worden stukken opgemaakt en gecontroleerd en worden beslissingen genomen.

Eerder werd al betoogd dat IBM’s Watson of Ross Intelligence de volgende pleitnota of memo nog niet schrijft, maar wat de ontwikkelingen in *document assembly* laten zien is dat het werk wel degelijk sneller zou kunnen. Met *document assembly* kan worden gedoeld op de hierboven geschetste Modellen voor de Rechtspraktijk, waar een model voor een dagvaarding of een cessie-akte kan worden gedownload. Liever praat ik over *document assembly* wanneer het gaat over wat slimmere technieken dan een model. Zo kan men denken aan de interactieve modellen waarbij aan de hand van enkele vragen/opties een document wordt gegenereerd. Echt ‘slim’ wordt het pas wanneer de eerder geschetste argumentatiesystemen worden ingezet en op basis van een paar ingegeven feiten een daadwerkelijke dagvaarding of conclusie van antwoord of pleitnota uit het systeem komt rollen. Branting, Lester en Callaway werkten bijvoorbeeld eind vorige eeuw aan een dergelijk systeem genaamd DOCU-PLANNER.⁷³ Bij mijn weten is er sindsdien niet bijzonder veel op dat gebied ontwikkeld. Het lijkt vooral te blijven bij diensten zoals hierboven omschreven, zoals de Modellen voor de Rechtspraktijk of de documenten die Rocket Lawyer aanbiedt. Wel zijn er veel voorbeelden in de Verenigde Staten van het outsourcen van het opstellen van juridische documentatie. Het laten

72 Ik heb mij beperkt tot deze professies. Dat betekent dat anderen niet worden besproken, zoals de officier van justitie of de bedrijfsjurist.

73 L.K. Branting, J.C. Lester & C.B. Callaway, Automating Judicial Document Drafting: A Discourse-Based Approach, pp. 111-149 in: G. Sartor & L.K. Branting (eds.) *Judicial Applications of Artificial Intelligence*, 1998 Kluwer Academic publishers.

schrijven van incorporatiedocumentatie door bijvoorbeeld mensen in India met kennis van het recht van Delaware, om maar wat te noemen. Dergelijke outsourcing in Nederland van het opstellen van juridische documentatie is mij niet bekend.

Wanneer er ook (voor de Nederlandse markt) daadwerkelijk applicaties komen die juridische argumentatie kunnen herkennen en verwerken (denk aan weerleggen) op een zodanige manier dat deze praktische toepassing kunnen hebben, dan kan ik mij voorstellen dat *document assembly* niet veel later zal volgen. Het is dan kwestie om het probleem van weerlegbare argumentatie op te lossen en de eerste pleitnota kan worden geschreven.⁷⁴ Zo ver zijn we echter nog niet.

Wat het voor een computer nog ingewikkelder maakt, is dat een advocaat meerdere rollen vervult. Zo had ik het hierboven al over de sociale advocatuur. In dergelijke situaties, welke ook zeer verschillend kunnen zijn, houdt de rol van belangenbehartiger in dat de advocaat verder gaat dan alleen de juridische afwikkeling van een zaak. Zij is bijna ook een maatschappelijk werker en wijst de cliënt op allerlei mogelijkheden buiten het recht om. De advocaat die een overname begeleidt – zeker wanneer deze in een voorfase betrokken wordt – is meer die van onderhandelaar dan juridisch procesbegeleider. Een ander voorbeeld is de rol van de curator in de afwikkeling van een faillissement. Deze rol is de afgelopen jaren uitgebreid. Zo moet een curator – veelal een advocaat ook al is dat niet vereist – bij het nemen van beslissingen niet alleen de belangen van de gezamenlijke schuldeisers in acht nemen,⁷⁵ maar ook rekening houden met ‘de maatschappelijke belangen’, welke zeer uiteenlopend kunnen zijn. Los van de vraag of het beheer en de vereffening van de failliete boedel ten behoeve van de gezamenlijke schuldeisers (de kerntaak van een curator) kan worden gesplitst in taken die een computer zou kunnen overnemen, wordt dit vrijwel onmogelijk gelet op de maatschappelijke belangen die de curator ook moet meewegen. Dit maakt het werk van een curator minder geschikt voor volledige automatisering, omdat computers tot dusver immers nog niet in de gelegenheid zijn om dergelijke belangen altijd te herkennen of te kunnen wegen. Dit speelt ook bij de strafrechtadvocaat die op toevoeging een cliënt verdedigt die wordt vervolgd voor heling van een fiets en alles op alles zet om het niet tot een veroordeling van haar cliënt te laten komen omdat cliënt ook in een procedure zit om asiel te verkrijgen en justitiële documenta-

74 Overigens moet daarbij ook nog het probleem worden opgelost dat tot dusver nog niet is gelukt, namelijk feiten op een bepaalde manier interpreteren zodat ze een regel toepassen. L. Karl Branting. 2003. A comparative evaluation of name-matching algorithms. In *Proceedings of the 9th international conference on Artificial intelligence and law (ICAIL '03)*. Association for Computing Machinery, New York, NY, USA, 224–232. DOI:<https://doi.org/10.1145/1047788.104783>.

75 Wat op zichzelf al een ingewikkelde afweging is waar niet altijd dezelfde berekening op los kan worden gelaten.

tie een dergelijke aanvraag in de weg zit.⁷⁶ De specifieke situatie van de cliënt kan van een standaardgeval een ingewikkeld geval maken, hetgeen een geheel eigen strategie vereist.

Maar ontwikkelingen in de techniek blijken ook het werk van advocaten te kunnen ondersteunen. Zo wordt de curator aanzienlijk geholpen in zijn werk door bijvoorbeeld de ontwikkelingen in technologie op het gebied van *e-discovery*. Een curator zal bij het afwikkelen van een faillissement van een onderneming namelijk ook kijken naar de mogelijkheid om het gehele boedeltekort of een deel daarvan te verhalen op de bestuurders uit hoofde van bestuurdersaansprakelijkheid.⁷⁷ Hiervoor kan een zoektocht door de communicatie van de bestuurders onderling en/of met andere werknemers of derden essentieel zijn, om bijvoorbeeld wetenschap van een feit dat later het faillissement heeft doen veroorzaken kan aantonen. Software die al deze communicatie indexeert en doorzoekbaar maakt, is daarvoor essentieel en vergemakkelijkt het werk van een curator aanzienlijk.⁷⁸ Ook kan daarbij worden gedacht aan de ontwikkelingen in tekstanalyse specifiek ten aanzien van het herkennen van onderwerpen waar positief of negatief over wordt gepraat.

Tevens van belang voor de advocatuur zijn ook de mogelijkheden die geautomatiseerde *document review* met zich meebrengen. Zo kan een standaardcontract voor een bepaald domein worden gecontroleerd en suggesties ter verbetering worden gedaan of aangegeven worden waar bepaalde clausules in een reeks aan documenten staan of in welke ze ontbreken.⁷⁹ Dergelijke systemen dienen vooralsnog ter ondersteuning, aangezien ze zelf geen oordeel vellen over de juridische houdbaarheid of wenselijkheid van het desbetreffende document. Het geeft enkel aan in hoeverre het afwijkt van de standaard. Het is vervolgens aan de gebruiker om een oordeel te vellen.

Het werk van ‘de’ advocaat wordt tot dusver vooral ondersteund door de ontwikkelingen in de technologie en daadwerkelijke vrees voor het beroep als geheel is nog niet opportuun. Ook al zijn er veel LegalTech-bedrijven die zich mengen in het veld en diensten aanbieden om standaardwerk over te nemen van de advocaat,⁸⁰ heb ik niet het idee dat deze veel verder gaan dan de hierboven omschreven Modellen van de Rechtspraktijk. Daadwerkelijke ‘disruptie’ zie ik nog niet. Wel een verschuiving van werk dat voorheen werd uitgevoerd door advocaten naar juristen zoals paralegals, professional support

76 Overigens ben ik me ervan bewust dat dit een aspect kan zijn dat wordt meegewogen in de uitkomst van het computersysteem, maar dan moet daar in de ontwerp fase wel aan zijn gedacht.

77 Art. 2:213 BW en 2:248 BW.

78 Overigens betekent dit niet dat de curator bevoegd is om onvoorwaardelijk en onbeperkt kennis te nemen van alle e-mails van bestuurders van de failliete vennootschap wanneer deze is vermengd met privé correspondentie. Zie Rb. Oost-Brabant 10-07-2019, ECLI:NL:RBOBR:2019:4091, JOR 2019/289 m.nt. M.D. Reijneveld.

79 Denk aan vrijwaringsclausules zoeken bij due diligence onderzoek.

80 Naast de - vooral in de Engelstalig gebaseerde rechtssystemen gebruikte - methode van outsourcing. In Nederland het delegeren van werkzaamheden aan paralegals bijvoorbeeld of professional support lawyers.

lawyers (beiden in-house)⁸¹ of naar bedrijfsjuristen voor (grote) bedrijven die voorheen voor dergelijke diensten een advocaat zouden inhuren.

6.3.2 De notaris

De notaris wordt mijns inziens net als de advocaat voornamelijk geholpen door de ontwikkelingen in de techniek tot dusver. Denk bijvoorbeeld aan de digitalisering van het administratieve systeem dat heeft gezorgd voor de mogelijkheden tot het houden van een *centraal digitaal repertorium*, dat de papieren toezending van alle akten naar de Belastingdienst niet langer noodzakelijk maakt.⁸² Metadata over alle door de notaris verleden akten kunnen nu digitaal worden aangeleverd. Een ander voorbeeld is de zeer snelle intrede van de faxmachine op alle notariskantoren na het door de Hoge Raad gewezen *Baarns beslag* arrest,⁸³ inmiddels vervangen door de mogelijkheid om de registers bij de Dienst voor het Kadaster en de openbare registers digitaal te kunnen raadplegen.

Digitalisering is het notariaat niet vreemd. De mate waarin deze beroepsgroep wordt geraakt door de ontwikkelingen op dit gebied is echter wisselend. Naar mijn mening is de vraag of de notaris te vrezen heeft voor (opkomende) digitale technologieën afhankelijk van vraag of deze nieuwe techniek (ook) de *Belehrungspflicht* van de notaris raakt.

De notaris heeft een zogenoemde *Belehrungspflicht*, waarmee, in het kort, wordt bedoeld op het vereiste dat een notaris voordat deze de akte verlijdt zich ervan moet vergewissen dat de partijen de in deze akte neergelegde verplichtingen weloverwogen aangaan. De notaris licht partijen in over het bestaan van de verplichtingen, wat deze inhouden de betekenis daarvan en waarschuwt partijen over eventuele risico's. Hiermee verschaft de notaris eveneens rechtszekerheid.

De *Belehrungspflicht* is onderdeel van de zorgplicht die de notaris heeft. Deze zorgplicht is in de afgelopen jaren alleen maar toegenomen in plaats van afgenomen. Niet alleen moet de notaris zich bekommeren om de partijen die voor hem of haar verschijnen, de cliënten, maar daarnaast ook steeds vaker uit hoofde van zijn/haar ambt ook om een ruimere kring.⁸⁴ Gelijk aan een advocaat die als curator optreedt, wordt daarbij steeds meer verwacht van de notaris. Zoals al eerder omschreven is het afwegen van belangen zeer moeilijk om te vervatten in een voor de computer te 'begrijpen' manier.

81 Of ander ondersteunend personeel. Denk aan een team dat een curator ondersteunt bij het werk van verzamelen, informeren of bijvoorbeeld ontslaan van het personeel van de failliete onderneming.

82 Sinds 2014 is het Centraal Digitaal Repertorium in werking genomen.

83 Hoge Raad van 30 januari 1981, *NJ* 1982, 56 (Baarns beslag). Inmiddels vervangen door het digitaal kunnen raadplegen van de Basisregistratie Kadaster en de openbare registers.

84 Lekkerkerker, in: *Elektronisch rechtsverkeer en notariaat; een nieuwe uitdaging op een lastig moment* 1996, p. 9–15 die als illustratief de verwikkelingen rond het faillissement van de Tilburgse Hypotheekbank noemt.

Onmogelijk is het verder voor een computersysteem te voldoen aan sommige wettelijke verplichtingen opgelegd aan de notaris. Zo kan een gesprek in persoon niet worden vervangen door informatievervalsing vooraf op papier of digitaal.⁸⁵

Door de *Belehrungspflicht* wordt, zoals al eerder aangehaald, ook rechtszekerheid verschaft door de notaris. De notaris doet dit daarnaast ook nog op andere terreinen,⁸⁶ zoals bij de vestiging van stille of vuistloze pandrechten, door de akte te voorzien van een vaste dagtekening, waardoor rechtszekerheid omtrent het tijdstip van vestiging wordt gegeven.⁸⁷ Daarnaast wordt rechtszekerheid verschaft door de verplichte tussenkomst van de notaris bij de overdracht van onroerende zaken.⁸⁸ De notaris controleert in dat geval niet alleen of de partijen weloverwogen de beslissing tot de overdracht hebben genomen, maar tevens controleert de notaris de beschikkingsbevoegdheid van de verkopende partij.⁸⁹ Dat doet hij door de zogenoemde *recherche*,⁹⁰ wat neerkomt op het kijken naar enkele voorafgaande transacties of daar geen (mogelijke) problemen in hebben gezeten die een overdracht in de weg staan. Omdat iedere notaris dit doet, ontstaat er een zeer sterke keten van gecontroleerde overdrachten, waardoor rechtszekerheid wordt gediend.

De potentie van blockchaintechnologie is met name genoemd als bedreiging voor het notariaat in relatie tot deze laatste twee uitwerkingen van de manier waarop de notaris rechtszekerheid verschaft.⁹¹

Door het slim combineren van bestaande cryptografische technieken is met de introductie van de bitcoin tevens het systeem daarachter gelanceerd; de blockchain. Blockchaintechnologie komt er kort gezegd op neer dat vertrouwen in één persoon of instantie wordt vervangen door vertrouwen in een netwerk van computers. Niet langer wordt een centrale partij belast met het houden en bijwerken van een boekhouding van transacties (zoals bijvoorbeeld de Dienst voor het Kadaster in Nederland doet met de grondboekhouding, of de Belas-

85 Hillen-Muns, *Digitalisering in het notariaat*. Zie ook Breedveld-de Voogd, *Digitale overdracht van woningen* 2018, afl. 7179, p. 50–57. Overigens is het enkele feit dat het een wettelijke verplichting betreft naar mijn mening niet overtuigend. De reden waarom het een wettelijke verplichting betreft kan echter meer duiding geven in een specifiek geval.

86 Deze opsomming is niet limitatief, denk bijvoorbeeld ook aan de tussenkomst van de notaris in het vennootschapsrecht en familie- en erfrecht.

87 Art. 3:236 lid 2 jo. 3:94 lid 3, 3:237 en 3:239 BW. Overigens geldt dit ook voor de stille cessie, zie art. 3:94 lid 3 BW. Naast de authentieke akte (in de praktijk vrijwel exclusief een notariële akte) kan men ook een onderhandse akte opmaken en deze laten registreren bij het Belastingkantoor in Rotterdam.

88 Art. 3:89 BW.

89 Zie voorts Asser/Bartels & Van Mierlo 3-IV 2013/294. Zie in het algemeen over de taak van de notaris in relatie tot rechtszekerheid: J.C.H. Melis/B.C.M. Waaijer, *De Notariswet*, Deventer: Wolters Kluwer 2019, para. 2.4.2.1 *et seq.*

90 Zie Melis/Waaijer, *De Notariswet* 2019/7.2.2.

91 Zie uitgebreid over het onderwerp van blockchainregistratie en de invloed op het notariaat: Tjong Tjin Tai, E. (2018). 'De blockchain als alternatief voor de notariële praktijk' in: F. W. J. M. Schols, & B. C.M. Waaijer (eds.), *Financiële zorgplicht van de notaris* (blz. 99-135). De Haag: Sdu juridisch.

tingdienst in Rotterdam met alle onderhandse pand- en cessieakten) maar wordt een kopie van deze boekhouding gehouden en bijgehouden door een decentraal netwerk van computers. De boekhouding bestaat uit een reeks van blokken van transacties. Deze blokken zijn op hun beurt weer geketend aan elkaar en vormen dus een keten van blokken (een blockchain). Deze keten is onveranderbaar en geen van de opgenomen transacties kan achteraf worden aangepast. Dit heeft te maken met de manier waarop een blok kan worden toegevoegd aan de keten.

Wil een nieuwe set transacties worden toegevoegd aan de keten dan wordt een blok verzameld. Dit is een reeks waarvan de data van alles kan zijn, maar betreft in ieder geval:

- een opsomming van transacties (A verkoopt aan B goed X voor prijs Y; C verkoopt aan T goed P voor prijs Q; etc.),
- een verwijzing naar het vorige blok (door opname van de hashwaarde van het vorige blok),
- de *nonce*. Dit is een verder betekenisloze set tekens of reeks getallen.

De combinatie van deze data wordt door een hashfunctie gehaald. Een hashfunctie reduceert ingevoerde data (input) tot een reeks van cijfers en getallen: de hashwaarde.⁹² Ongeacht het tijdstip rolt iedere keer dezelfde hashwaarde uit de hashfunctie als exact dezelfde input wordt geleverd. *Wordt er ook maar één cijfer, letter of spatie veranderd in de data die in de hashfunctie wordt gestopt, komt er een compleet andere hashwaarde uit.*

Om een blok te kunnen toevoegen aan de blockchain moet de hashwaarde aan bepaalde voorwaarden voldoen. Bijvoorbeeld dat de hashwaarde moet beginnen met ten minste zeven nullen. Daarom is de *nonce* van belang. Aangezien de transacties en de verwijzing naar het vorige blok niet kunnen worden aangepast, moet er worden gezocht naar een goede *nonce*. Een *nonce* is ‘goed’ als de combinatie van gegevens in het blok + verwijzing naar het vorige blok + *nonce* door de hashfunctie wordt gehaald en als uitkomst een hashwaarde heeft die voldoet aan de vereisten van de specifieke blockchain. Dit zorgt voor de onbreekbare keten. Men kan niet achteraf zeggen dat A aan B een goed voor prijs X met een nulletje extra heeft verkocht, want dan klopt de hashwaarde voor dat blok niet langer en dus ook niet ieder daarop volgend blok (immers dat verwijst naar het voorgaande blok), de keten is dan gebroken. Bij elkaar levert het een garantie op dat de inhoud van de transactie onveranderd is.

92 Bijvoorbeeld een simpele MD5-hash van de tekst: *NJV Preadvies* levert de volgende hashwaarde op: 5a180987a606353b87474dca0e4b615b. Terwijl dezelfde tekst door een SHA-256 functie gehaald: 20FFD437F2AE64BFA2CF72DAB627C4A70C3D9AC40AC6942348126EE8B6D20603 oplevert. MD5 hashes moeten niet meer worden gebruikt voor verificatiedoelinden. We zien het gebruik van MD5-hashes nog wel veelvuldig terug bij het controleren van de integriteit van bestanden (ofwel dat er niet mee is geoemd) van in het bijzonder software.

In eerste instantie lijkt het er daarom op dat blockchaintechnologie een sterke concurrent kan zijn voor het garanderen van rechtszekerheid met betrekking tot een keten van transacties of het uitgeven van een vaste dagtekening. Om met het laatste voorbeeld te beginnen kan ik me daar ook wel in vinden. De wetgever biedt de ruimte momenteel nog niet,⁹³ maar ik zie niet in waarom zekerheid over de datum van een akte alleen zou kunnen worden verschaft door het opmaken van een akte door een notaris⁹⁴ of door een onderhandse akte te laten registreren bij de Belastingdienst in Rotterdam. Het registreren op een blockchain lijkt me ten minste net zo effectief en een prima alternatief. De rechtszekerheidsfunctie die een notaris in deze vervuld, is niet een die per se door een notaris zou moeten worden vervuld.

Dit is wat mij betreft anders bij de overdracht van onroerende zaken.⁹⁵ Een blockchain kan namelijk de inhoud van de akten garanderen, maar niet of de partijen betrokken bij de transactie deze weloverwogen zijn aangegaan. ‘Digitale belehrung’⁹⁶ is tot dusver nog niet ontwikkeld en ik voorzie dat deze in de nabije toekomst ook niet direct aanwezig zal zijn. Hoe gaat een computer bijvoorbeeld controleren of een bepaalde beslissing tot overdracht van een woning van vader aan dochter niet onder misbruik van omstandigheden plaatsvindt, wat helaas vaker voorkomt dan we zouden willen?

Het bestaansrecht van de notaris zit hem dus wat mij betreft niet in het bieden van rechtszekerheid door transactie-schakels te controleren, daarin voorzie ik dat blockchainregistratie of een ander soortige technologie dit zou kunnen overnemen, maar ik sluit graag aan bij wat Hillen-Muns hierover al eerder schreef. Het bestaansrecht van de notaris ligt in de bescherming die hij biedt aan de burger die de rechtshandeling verricht en ‘in de voordelen die deze bescherming voor de samenleving als geheel opleveren’, zoals ‘de vermindering van de druk op de rechtelijke macht door voorkomen van juridische geschillen, in het voorkomen van ontoelaatbare rechtshandelingen, in het bevorderen van goede en toekomstbestendige individuele keuzes door burgers en in de snelheid van het rechtsverkeer die wordt mogelijk gemaakt door de betrokkenheid van een notaris en het vertrouwen dat diens betrokkenheid schept’.⁹⁷

93 Zie ook HR 19 november 2004, ECLI:NL:HR:2004:AQ3055 (*Bannenbergh/Polak*), NJ 2006, 215 m.nt. van H.J. Snijders.

94 Overigens spreekt de wet over authentieke akte, wat zou impliceren dat een deurwaarder ook een dergelijke akte kan opmaken. In de praktijk gaat het eigenlijk alleen over een notariële akte.

95 Overigens zijn er ook nog allerlei andere problemen bij het invoeren van een grondboekhouding op de blockchain waarbij het niet perse gaat om de rol die de notaris in het proces speelt.

96 Naar Lekkerkerker, *Nieuwe toepassingen van informatie- en communicatietechnologie voor de notaris en zijn cliënt*, WPNR 7013, 2014, p. 322–326.

97 M.I.W.E. Hillen-Muns, ‘Digitalisering in het notariaat’, WPNR 7202 (2018), pp. 552–565.

6.3.3 De rechter

De vraag of de rechter wordt vervangen door een ‘robot’ of machine, is al veel gezegd en geschreven en de vraag is allerm minst origineel meer te noemen. Het antwoord is hierboven al ten dele omschreven. Ik verwacht niet dat een rechter wordt vervangen door een computersysteem. De ontwikkeling van algoritmes die uitkomsten kunnen voorspellen is nog niet zodanig dat deze de rechter binnen afzienbare tijd zal vervangen.⁹⁸ De huidige stand van zaken van AI in/ en recht wijst eerder op de ontwikkeling van *cognitive computing* waarbij mens en machine samenwerken en beiden doen waar ze het beste in zijn en dus op de ontwikkeling van beslissingsondersteuningssystemen en algoritmische deskundigen,⁹⁹ dan daadwerkelijke beslissystemen. De ontwikkeling van voorspelalgoritmes die op basis van eerdere uitspraken uitkomsten kunnen voorspellen van bijvoorbeeld het EHRM wijzen niet direct een andere richting op.¹⁰⁰ Toch is er veel aandacht voor voorspelalgoritmen die uitkomsten van zaken van (inter)nationale hoven zouden kunnen voorspellen. Bex en Prakken onderscheiden drie typen van dit soort uitkomst voorspelalgoritmen. Zijnde algoritmen die voorspellen op basis van: (1) niet-inhoudelijke kenmerken van de zaak, zoals wie de rechter in de zaak is; (2) de tekstuele beschrijving van de zaak; of bepaalde woorden of zinsconstructies vaak voorkomen in de tekst; en (3) van juridische relevante factoren.¹⁰¹ Voor alle drie zijn de resultaten tot dusver bescheiden gebleken.¹⁰² Naast beslissingondersteuningssystemen zie ik dus niet zo snel een rol weggelegd voor beslissystemen.

Ook van belang voor de rechtelijke macht blijft wat mij betreft de toepassing van kennissystemen, bij bijvoorbeeld straftoemeting.¹⁰³ Waarbij ik niet wil zeggen dat deze toepassing moet inhouden dat rechters de uitkomst van het kennissysteem moeten overnemen. Deze uitkomsten kunnen wat mij betreft enkel dienen ter ondersteuning, de menselijke beoordeling blijft daar wat mij betreft essentieel. Hiermee herhaal ik in zoverre de woorden van Vanden-

98 Zie uitgebreid over algoritmische uitkomstvoorspellers en het verschil met algoritmische deskundigen, F. Bex & H. Prakken, *De Juridische Voorspelindustrie:onzinnige hype of nuttige ontwikkeling?*, AA 2020/3, AA20200255.

99 Ibid. Algoritmische deskundigen zijn ook juridische voorspelalgoritmen, maar dan niet gericht op de uitkomst van een zaak, maar een die een inschatting maken op punten die relevant zijn voor een rechtelijke beslissing. Denk aan de inschatting van recidivegevaar. Zie over de inzet van AI in dat kader uitgebreid: J. Bijlsma, F. Bex & G. Meynen, ‘Artificiële intelligentie en risicotaxatie’, *NJB* 2019/2778.

100 Zie bijvoorbeeld Medvedeva, M., Vols, M. & Wieling, ‘Using machine learning to predict decisions of the European Court of Human Rights’ *M. Artif Intell Law* (2019). <https://doi.org/10.1007/s10506-019-09255-y>. Zie in het algemeen ook A.D. Reiling, ‘De rechtspraktijk: toepassing van AI in de rechtspraak’, *Computer-recht* 2020/6.

101 F. Bex & H. Prakken, *De Juridische Voorspelindustrie:onzinnige hype of nuttige ontwikkeling?*, AA 2020/3, AA20200255, par. 2.2.

102 Omdat ze *of* niet juridisch steekhoudende argumenten voor de uitkomst genereren, *of* omdat ze nog teveel steunen op handwerk om relevante factoren aan te geven, *ibid*.

103 Met dien verstande dat deze wel constante aandacht vragen met betrekking tot het up-to-date houden. De daadwerkelijke toepassing van een dergelijk systeem blijft overigens ook achter.

berghe in zijn oratie en daarvoor en sindsdien herhaald in vergelijkbare uitdrukkingen door talloze computerwetenschappers en juristen:

“Neen, de computer kan en mag niet worden beschouwd als een systeem dat de rechter of jurist zou kunnen vervangen, ook in zijn meest geavanceerde uitvoering dient hij [te worden] beschouwd als een beslissingsondersteunend systeem.”

Zie het referaat van Tjong Tjin Tai (par. 7.2) waarin meer principiële vragen over de inzet van een ‘robotrechter’ aan de orde komen dan ik hier bespreek.

Al eerder is gewezen op de obstakels bij het formaliseren van ‘het recht’ in regels. Daar komt nog eens bovenop dat hoewel rechters hun uitspraken (moeten) motiveren, dit niet neerkomt op een uitleg hoe ze met een bepaalde regel of juridische kennis in het algemeen zijn omgegaan.¹⁰⁴ Zolang de registratie daarvan ontbreekt, wordt het formaliseren en simuleren van het tot een beslissing komen zoals een rechter dat zou doen dus erg ingewikkeld. Gedragswetenschappelijk onderzoek naar de beslissingen van rechters is in dit kader dan ook relevant.¹⁰⁵

Het voorgaande laat overigens onverlet dat de invloed van digitalisering op de rechterlijke macht en het werk van rechters omvangrijk is geweest en zal zijn. Het mislukte KEI-project doet niet af aan de stappen die intern zijn gezet om processen binnen de rechterlijke macht te digitaliseren. Zo hebben de Raad van State en de Hoge Raad hun eigen digitale portaal laten bouwen dat digitaal procederen mogelijk maakt. Verder wordt er ook gewerkt aan een KEI reset, dat stap voor stap digitaal procederen in civiele en bestuursrecht zaken mogelijk wil maken.¹⁰⁶ Los van de mogelijkheden die KEI had kunnen brengen, kan men ook denken aan andere mogelijke toepassingen van digitale technologie bij de rechtspraak.

Zo zouden er stappen kunnen worden genomen om het proces van toedeling van zaken aan rechters te automatiseren. Denk bijvoorbeeld aan de reeks van factoren opgesomd in artikel 14 Regeling toedeling zaken ABRvS 2020 die in acht moeten worden genomen bij het toedelen van individuele zaken. De puzzel die daaruit volgt kan volgens mij gemodelleerd worden.

Ook kan gedacht worden aan de ontwikkelingen in spraak-naar-tekst technologie die een verlichting van het werk van een griffier op zitting met zich mee kunnen brengen. De inzet van digitale technologie kan daarnaast ook nuttig zijn bij zaaksdifferentiatie en regie. Van Ettekovén en Marseille spraken

104 Dit is overigens geen nieuwe gedachte: ‘Judge Keen and Judge Sloth will not hear and see the “facts” the same way.’ J. Frank, ‘Are Judges Human? Part One: The Effect on Legal Thinking of the Assumption That Judges Behave Like Human Beings’. 80 U.P.A.L.Rev. (1931), p. 28.

105 J. van den Herik, *Kunnen computers rechtspreken?*, Arnhem: Gouda Quint 1991, p. 26.

106 Directie IVO, E. Bongers & J. Groen, *Basisplan digitalisering civiel recht en bestuursrecht (reset digitalisering KEI)*, Kamerstukken II 2018-2019, 29 279, 490, blg 872525.

hier al over in hun NJV preadvies in 2017.¹⁰⁷ Zij pleitten voor de inzet van technologie om bij de inrichting van het proces zoveel mogelijk aan te sluiten bij de wensen van partijen, bijvoorbeeld aan de hand van het kunnen aangeven bij het beroepschrift dat ze een *fast track*-procedure wensen, genoeg nemen met een mondelinge uitspraak en behandeling door een enkelvoudige kamer wensen op een zo kort mogelijke termijn. Als bij die wensen aangesloten kan (en mag) worden, dan levert dit voor iedereen winst op. Dit is een mooi voorbeeld van het denken vanuit de rechtzoekende. Het uitgangspunt is hier aan de wensen van de rechtzoekende (burger) tegemoet te komen, maar levert daarnaast een efficiëncyslag op voor het rechterlijk college. Andere ook deels door Van Ettekoven en Marseille gesuggereerde en naar mijn mening haalbare vormen van dat soort mogelijke toepassingen zijn het automatisch waarschuwen voor naderende fatale termijnen of partijen zelf een zitting online laten inplanen.¹⁰⁸

Ingewikkelder en nog niet haalbaar op korte termijn, lijkt de mogelijkheid om tekst te kunnen analyseren op persoonsgegevens¹⁰⁹ en deze automatisch in uitspraken en beschikkingen te anonimiseren om vervolgens niet maar een fractie, maar alle uitspraken te kunnen ontsluiten via rechtspraak.nl.

Maar het herkennen van namen in teksten blijkt al vrij ingewikkeld. Zelfs al kan een algoritme namen verwijderen is de tekst nog niet geanonimiseerd, zo kan andere informatie ook een natuurlijk persoon identificeren.¹¹⁰ Dit in combinatie met de al eerder genoemde semi-gestructureerde manier van beschikbaar stellen van uitspraken via rechtspraak.nl maakt onderzoek naar hoe bepaalde rechters (in enkelvoudige kamers) beslissen ingewikkelder. Een voorspelalgoritme op basis van welke rechter is toegewezen aan de individuele zaak in Nederland ben ik tot dusver (daarom?) ook nog niet tegengekomen. Terwijl dit wel relevant kan zijn, al was het maar voor intern gebruik om te kijken of bijvoorbeeld rechters in soortgelijke zaken tot soortgelijke conclusies komen voor bijvoorbeeld de toelating van een individu tot de Wettelijke Schuldsanering Natuurlijke Personen (WSNP). In de Verenigde Staten zijn

107 Afscheid van de klassieke procedure? (Handelingen Nederlandse Juristen-Vereniging 2017-1), II.8.4.2 De inhoud van de procedure.

108 Waar mogelijk.

109 Persoonsgegevens zijn: alle informatie over een geïdentificeerde of identificeerbare natuurlijke persoon, zie Art. 4 onder 1 AVG.

110 Een spraakmakend (niet-Nederlands) voorbeeld is de poging om President Donald J. Trump niet te noemen in de aanklacht tegen zijn voormalig advocaat Michael Cohen. Daarin werd steeds gesproken over 'Individual-1', maar ook dat Individual-1 inmiddels (in of rond 2017) President van de Verenigde Staten was geworden.

wel statistieken bekend van individuele rechters, in Frankrijk is dit soort onderzoek relatief recentelijk strafbaar gesteld.¹¹¹

Kortom, voor rechters biedt de ontwikkeling van rechtsinformatica mijns inziens vooral ondersteunde mogelijkheden en hoeven wat mij betreft rechters zich geen zorgen te maken voor een robotrechter. De rechter in de toekomst is volgens mij nog altijd een menselijke rechter die uiteindelijk een beslissing zal nemen, ondersteunt door computermodellen waarbij de verschillende argumenten voor en tegen een bepaalde beslissing kunnen worden aangegeven, afwijkingen van eerdere vergelijkbare casus kunnen worden gesignaleerd en originele argumenten van partijen die mogelijke richtingen voor rechtsontwikkeling kunnen worden aangeven op basis waarvan de rechter zijn uitspraak kan doen.

6.3.4 De overheidsjurist

Voor de definitie van overheidsjurist wordt aangesloten bij de omschrijving door Kraan en Niemeijer gegeven in hun Preadvies voor de NJV in 2018. Met overheidsjurist wordt bedoeld de academisch gevormde jurist in dienst van de overheid en die ook als zodanig werkzaam is.¹¹² Dit maakt de groep overheidsjuristen net zo divers als zij groot is. Het kan gaan om werkzaamheden zoals de wetgevingsjurist uitoefent zijnde het opstellen en aanpassen van wet- en regelgeving. Maar ook om de wetgevingsadviseur die deze voorstellen van wet- en regelgeving voorziet van commentaar (denk aan de wetgevingsadviezen van de Raad van State of de Autoriteit Persoonsgegevens). Het kunnen ook juristen zijn die verantwoordelijk zijn voor de behandeling van WOB-verzoeken, staatssteunvraagstukken of aanbestedingen. Daarnaast kunnen we tot de groep overheidsjuristen ook de bewaarders van de openbare registers rekenen en (overheids)juristen die werkzaam zijn bij (grote) uitvoeringsinstanties als het DUO, UWV, Belastingdienst, en de verschillende toezichthoudende organisaties met allemaal zeer uiteenlopende werkzaamheden, zoals de juristen bij De Nederlandse Bank, Nederlandse Zorgautoriteit en de Inspectie Leefomgeving en Transport.

Net als dat men niet over *de* advocaat kan spreken, is het ook niet te doen om uitputtend te kunnen schrijven over de invloed van digitalisering op de

111 Art. L10 Code de justice administrative. Waarin in de vierde alinea staat : “Les données d'identité des magistrats et des membres du greffe ne peuvent faire l'objet d'une réutilisation ayant pour objet ou pour effet d'évaluer, d'analyser, de comparer ou de prédire leurs pratiques professionnelles réelles ou supposées. La violation de cette interdiction est punie de peines prévues aux articles 226-18, 226-24 et 226-31 du code pénal, sans préjudice des mesures et sanctions prévues par la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés.”

112 Dus niet degene die wel de achtergrond hebben maar niet werkzaamheden verrichten waarvoor die achtergrond ook is vereist, noch diegene die juridische werkzaamheden verrichten, maar geen dienstverband met de overheid hebben. Karel Kraan and Bert Niemeijer, “De Opleiding Tot Overheidsjurist,” in *Herijking van de Juridische Opleidingen*, Handelingen Nederlandse Juristen-Vereniging 148, 2018, 96.

werkzaamheden van *de* overheidsjurist. Daarom richt ik me in het bijzonder op enkele ontwikkelingen die de wetgevingsjurist kan ondersteunen en stip ik kort aan wat enkele van de risico's zijn bij het toepassen van juridische kennisystemen door uitvoeringsinstanties, waar deze nog altijd worden ingezet. Het gaat hier dus met name om de rechtstoepassing.¹¹³ Andere zeer interessante ontwikkelingen zoals het omvangrijke gebruik van AI om (verhoogde) risico's te signaleren, zoals vroegtijdige schoolverlaters, fraudeurs, of verzakking van funderingen, bespreek ik daarom niet.¹¹⁴

De inzet van digitale technologie ter ondersteuning van het werk van wetgevingsjuristen is groot (geweest) en dan met name in haar potentie.¹¹⁵ Zo biedt de inzet van computertechnologie de mogelijkheid om inconsequenties in terminologie of verwijzingen te signaleren, maar ook om voor logische tegenstellingen te waarschuwen (regel x verbiedt iets dat regel y juist gebiedt), en formele slordigheden in nummering voorkomen. De toepassing hiervan is echter beperkt gebleven.

In 1995 heeft Voermans zijn onderzoek gepresenteerd naar de praktisch haalbare vormen van computerondersteuning bij het ontwerpen van regelingen. Dit heeft het LEDA programma opgeleverd, dat staat voor LEgislative Design and Advisoroy system. Het resultaat van een gedeelte van het LEDA-systeem betreft het toegankelijk maken van de informatie waarnaar de Aanwijzingen voor de regelgeving verwijzen ('secundaire informatie') en wordt in afgeslankte vorm nog altijd gebruikt.¹¹⁶ Daarnaast was het de bedoeling dat er ook een systeem werd ontwikkeld dat deze Aanwijzingen deels omzette in een kennisstelsel waarmee inhoudelijke hulp kon worden gegeven aan de hand van een interactief vraag-en-antwoord systeem. De daadwerkelijke praktische implementatie van het LEDA-systeem is beperkt gebleven tot de afgeslankte vorm en omvat niet veel meer dan een verwijzingssysteem. LEDA in zijn beoogde vorm is nooit geïmplementeerd omdat het onder andere niet aansloot bij de behoeften van de gebruikers,¹¹⁷ kosten voor implemen-

113 Zie het referaat van Tjong Tjin Tai voor een uitgebreide bespreking over de rol van de jurist bij de rechtstoepassing.

114 Zie uitgebreid over de inzet van deze verschillende soorten algoritmen bij overheidsorganisaties: CBS, *Verkennd onderzoek naar het gebruik van algoritmen binnen overheidsorganisaties*, <https://perma.cc/5G8Q-8JSS>. Hieruit blijkt dat meer dan de helft van de ministeries en de helft van de ondervraagde overheidsinstanties (provincies uitgezonderd) gebruik maken van een of meerdere vormen van algoritmen. Het gaat daarbij om zowel regelgebaseerde systemen, zaaksgebaseerde systemen als een combinatie daarvan. Meer algemeen over de inzet van Big Data bij overheidsinstanties WRR, *Big data in een veilige en vrije samenleving*, (2016) nr. 139.

115 Zie uitgebreid M.M. Groothuis, *Digitalisering en Wetgeving. Preadvies voor de Nederlandse Vereniging voor Wetgeving en Wetgevingsbeleid 2005* pp. 9-54.

116 <https://perma.cc/HZ7A-2E48>.

117 Ook al kwam uit het onderzoek van Groothuis dat er weldegelijk behoefte was voor ondersteuning door digitalisering in het bijzonder bij routinewerk.

tatie hoog bleken en het programma incompatibel met een nieuwere versie van het Windows besturingssysteem bleek.¹¹⁸

Waar het door Voermans ontwikkelde LEDA-systeem zag op het ontwerpen van regelgeving, zijn er ook systemen ontwikkeld die zien op het bijhouden van wijzigingen en wetswijzigingen genereren aan de hand van aangebrachte wijzigingen door wetgevingjuristen in de meest recente versie van de wettekst.¹¹⁹ Dergelijke systemen zijn echter niet in Nederland ingevoerd.

Zoals al eerder opgemerkt, wordt bij de verschillende uitvoeringsinstanties door overheidsjuristen of andere ambtenaren geleund op de inzet van juridische kennissystemen bij het nemen van beslissingen.¹²⁰ Naast de vele voordelen die dit biedt, zoals onder andere het reduceren van complexe wetgeving tot het invullen van enkele feiten, en daarmee ook het mensenwerk reduceert dat moet worden verricht,¹²¹ dient er ook te worden gewaarschuwd voor het gebruik van dergelijke systemen. Hier dringt ook met name de vraag naar de verenigbaarheid van de inzet van de desbetreffende AI (kennissysteem of anderszins) en de fundamentele rechten in een democratische samenleving zich op.¹²² Als recent voorbeeld kan genoemd worden de inzet van het Systeem Risico Indicatie (SyRI) door de overheid ter bestrijding van fraude. Dit systeem is uitgebreid besproken door de Rechtbank Den Haag waarin met name de verenigbaarheid van het SyRI systeem in relatie tot het fundamentele recht op privacy van artikel 8 EVRM is besproken en afgewogen.¹²³ Los van deze fundamentele vragen blijven er nog wel andere mogelijke obstakels over. Denk bijvoorbeeld aan het al eerder aangestipte oneigenlijke gebruik van de systemen, ofwel wanneer het systeem tegen haar beperkingen aanloopt en de gebruiker daarvan niet op de hoogte is en de uitkomst – die niet te vertrouwen is – overneemt.

118 Zie M.M. Groothuis, *Digitalisering en Wetgeving*. Preadvies voor de Nederlandse Vereniging voor Wetgeving en Wetgevingsbeleid 2005 pp. 23-24.

119 Denk bijvoorbeeld aan T. Arnold-Moore, *Automatic generation of amendment legislation*, *ICAIL97*, p. 56-62. De grondlegger van het EnAct systeem waar de Tasmaanse autoriteiten mee werken. Zie ook Palmirani M. (2011) *Legislative Change Management with Akoma-Ntoso*. In: Sartor G., Palmirani M., Francesconi E., Biasiotti M. (eds) *Legislative XML for the Semantic Web*. Law, Governance and Technology Series, vol 4. Springer, Dordrecht.

120 Ik blijf hier ook beperkt in mijn bespreking. Zie uitgebreider M. van Eck, *Geautomatiseerde ketenbesluiten & rechtsbescherming: Een onderzoek naar de praktijk van geautomatiseerde ketenbesluiten over een financieel belang in relatie tot rechtsbescherming*, (diss. UvT 2018). Zie over andersoortig AI bij overheidsinstanties CBS, *Verkenkend onderzoek naar het gebruik van algoritmen binnen overheidsorganisaties*, <https://perma.cc/5G8Q-8JSS>.

121 En daarmee dus op zichzelf een bedreiging voor de specifieke beroepsgroep kan inhouden.

122 Zie in dat kader ook het Ongevraagd advies van de Raad van State over de effecten van de digitalisering voor de rechtsstatelijke verhouding, *Kamerstukken II 2017/18*, 26643, nr. 557.

123 Ik wil deze fundamentele en noodzakelijke voorvraag niet bagatelliseren maar geef hiermee aan dat het juist gaat om een zodanig belangrijk vraagstuk omtrent het gebruik van AI dat dit noopt tot een zelfstandige bespreking.

Daarnaast wordt er ook gewaarschuwd voor het verlies van functies en deprofessionalisering van de overheidsjurist/ambtenaar door het grote vertrouwen in de uitkomsten van geautomatiseerde systemen. Het gaat daarbij niet om de mate van individualisering,¹²⁴ maar de menselijke interactie bij het nemen van beschikkingen en flexibiliteit en creativiteit bij het omgaan met nieuwe omstandigheden, het anticiperen daarop en meer in het algemeen het extra-systematisch redeneren.¹²⁵ Een kritische houding ten opzichte van de uitkomsten van het systeem en het systeem zelf lijken daarmee voor beiden situaties een gezond uitgangspunt.

Het veralgemeniseren van de taken van de overheidsjurist is onbegonnen werk en daarmee het optekenen van de invloed van digitalisering op de beroepsgroep eveneens. Wat wel duidelijk is, is dat de ondersteunende rol van toegepaste digitale technologie het grootst (qua inhoudelijke impact) is bij de uitvoerende instanties. De rol bij de wetgevende macht en, zoals hiervoor apart beschreven, rechterlijke macht is beperkt gebleven. Juridische kennis-systemen worden enkel (grootschalig) ingezet bij de uitvoerende instanties.

Hun rol is het grootst zo blijkt bij de rechtstoepassing. Voor wetsvinding en –vorming en rechtsontwikkeling waar de wetgevende en rechtsprekende macht mee zijn belast, blijft de toepassing nog achter.

6.4 De jurist als piloot?

Alles beschouwd kunnen we terugkomen op de vraag gesteld aan het begin van dit preadvies. Moet de NJV (in de toekomst) haar lidmaatschap openstellen voor computerwetenschappers of zelfs zelflerende robotjuristen? Het lijkt me allereerst een goed idee dat we als juristen meer in contact komen en praten met de computerwetenschappers die zich bezighouden met rechtsinformatica en de ontwikkelaars van digitale juridische dienstverlening. Al was het maar om tot de ontwikkeling van producten te komen die aansluiten bij de wensen van de gebruikers.¹²⁶ Daarnaast zullen er ongetwijfeld producten op de markt komen die daadwerkelijk concurreren met de dienstverlening die de verschillende juristen aanbieden. Daarmee begeven juristen en ontwikkelaars zich op hetzelfde terrein en kunnen zij van elkaar leren. Zich afsluiten van de ontwikkelingen op het gebied van de rechtsinformatie of AI in recht en de onderzoekers en ontwikkelaars in dat gebied komt niet ten goede aan het doel

124 Hoewel die ook relevant is, zie Linden-Smith, *Een duidelijk geval: geautomatiseerde afhandeling*. Den Haag: Sdu 2001, p. 18.

125 A. Oskamp en R.V. De Mulder, 'Juridische automatisering: de toekomst', *Computerrecht* 1993/5, p. 214. Zie over rechtstoepassing ook het referaat van Tjong Tjin Tai, p. [x].

126 Zie het hierboven weergegeven mislukken van het LEDA-systeem in oorspronkelijke vorm. Zie het referaat van Tjong Tjin Tai (par. 3) over de vraag of juristen ook (en zo ja, wat voor) rol moeten hebben bij de ontwikkeling van algoritmen die worden ingezet in de (rechts)praktijk.

dat de NJV wil nastreven; zijnde ‘het bijdragen tot een groot algemeen belang: goede recht en goede rechtspleging’.

Een tweede vraag die werd gesteld is of een dergelijke openstelling van het ledenbestand voor experts anders dan juristen niet tevens het aankondigen van het einde van ‘de jurist’ behelst? Heeft de NJV nog bestaansrecht over 150 jaar of zijn wij juristen dan allen vervangen door computers? Het moge duidelijk zijn dat ik de toekomst voor de juristen rooskleuriger dan dat inzie. De ongelofelijke stappen die in de ontwikkeling van technologie zijn gezet, zijn niets minder dan indrukwekkend te noemen. Desalniettemin zie ik die niet als zodanig dat technologie de jurist zal vervangen. Wel worden vele praktische taken van juristen overgenomen. Zoals het opstellen van juridische documentatie wordt ondersteund door algemene tekstverwerkingssoftware, het werken met gestandaardiseerde documentatie, de inzet van (andere) juridische kennissystemen, algoritmische deskundigen, en het werken met juridische databases die steeds beter kunnen zoeken naar relevante informatie en aansluiten op de manier waarop juristen vragen formuleren. De verbeteringen in de kwaliteit van data helpen hier ook aanzienlijk bij. De ontwikkelingen in argumentatie herkennen en verwerken in een verzameling gegevens bieden hoop voor de toekomst dat op een dag (hopelijk binnen nog eens 150 jaar) een systeem ontwikkeld is dat de jurist ondersteunt bij het nemen van een beslissing door een groot deel van het (voorheen) handmatige uitzoekwerk en denkwerk ten aanzien van het zoeken en formuleren van juridische argumenten voor hem te doen, waardoor voor de jurist het échte leuke en moeilijke werk overblijft. Namelijk een antwoord formuleren op de specifieke vraag van de cliënt of een beslissing te nemen op de zaak die de jurist wordt voorgeschiedeld.

Wellicht is een mooie analogie om de jurist van de toekomst te zien als een piloot.¹²⁷ Wanneer we kijken naar tijd ‘achter het stuur’ is vooral de automatische piloot aan het werk, maar als het er om spant bij het opstijgen en dalen alsook in noodsituaties komt het aan op de menselijke piloot die moet bijsturen en ingrijpen. Zonder deze piloot stijgt het vliegtuig niet op en komt het niet veilig aan. Wellicht vervult de jurist van de toekomst ook een dergelijke rol. Het werkelijk creatieve en inhoudelijk moeilijke werk wordt vervuld door de jurist, die voor het overige wordt ondersteund door een computersysteem dat fungeert als automatische piloot en de door de piloot ingezette koers volgt.

127 Zie ook Tim Wu, “Will Artificial Intelligence Eat the Law? The Rise of Hybrid Social-Ordering Systems,” *Columbia Law Review* 119, no. 1 (2019): 4. Waarbij ik direct aanteken dat andere vergelijkingen wellicht beter passen, zie daarvoor uitgebreid het referaat van Tjong Tjin Tai.

Recht tussen mens en techniek

*T.F.E. (Eric) Tjong Tjin Tai**

Referaat bij preadvies A. Berlee, Digitalisering en disruptie in het recht en de gevolgen voor de juridische professies

Inhoud

7.1	Digitalisering als vliegtuig	177
7.2	Autoriteit en algoritme	184
7.3	Het algoritme als A-G?	190
7.4	De jurist als musicus	194
7.5	Tot besluit	197

* Hoogleraar privaatrecht, Tilburg University, en onderzoeker bij het Tilburg Institute for Private Law (TIP).

Eric Tjong Tjin Tai

7.1 Digitalisering als vliegtuig¹

Voorspellingen doen is een hachelijke zaak. Een onjuiste voorspelling wordt je gemakkelijk nagedragen, vooral als je zegt dat iets nooit zal gebeuren. Zo kennen we nog steeds de voorspelling dat de wereld hooguit vijf computers nodig zou hebben.² Het is veiliger om grote veranderingen te prediken: als deze onjuist blijken kan je altijd zeggen dat het iets langer duurt dan gedacht. Zo doen profeten het die het einde van de wereld voorzeggen, en zo wordt al decennia beloofd dat computers binnenkort zullen gaan rechtspreken.³ We zouden ons kunnen afvragen waarom we zo'n voorspelling nu wel zouden geloven, als de eerdere profetieën geen bewaarheid werden. De geschiedenis van voorspellingen is niettemin leerzaam omdat zij laat zien dat we bij technische ontwikkelingen gemakkelijk op de verkeerde wijze naar mogelijke gevolgen kijken.

Een voorbeeld ontleend aan de IT.⁴ In de jaren vijftig van de twintigste eeuw hield programmeren in dat je de computer moest instrueren met reeksen getallen (machinecode) die opdrachten inhielden. Programmeurs bedachten wat er moest gebeuren, zetten dit om in een reeks opdrachten, vertaalden deze in machinecode en voerden de resulterende getallen in de computer in. Rond die tijd zei men wel dat de computer het programmeerwerk zou overnemen. Wat dat in feite inhield was dat het *low-level* instrueren van de computer in machinecode werd overgenomen door een programma, een compiler of interpreter. Zo'n programma moet echter ook weer worden geïnstrueerd, in een *high-level* programmeertaal bestaande uit symbolische opdrachten in leesbare

1 Op uitdrukkelijk verzoek van het bestuur van de NJV is dit referaat in essayistische vorm geschreven en is afgezien van een uitvoerig notenapparaat. Er is veel verdere literatuur ter onderbouwing van het hier betoogde.
2 Waarschijnlijk ten onrechte toegeschreven aan Thomas Watson, president van IBM (https://en.wikipedia.org/wiki/Thomas_J._Watson).
3 Preadvies Berlee, par. 2.3.
4 Ik spreek van IT, nu dat de internationaal gangbare term is. Nederland is afwijkend door te spreken over ICT.

tekst (zoals ‘if ... then’). De computer heeft daarmee het programmeren niet overbodig gemaakt, het enige wat gebeurd is, is dat het simpeler deel van het programmeerwerk is overgenomen. Onder ‘programmeren’ verstaan we nu het moeilijker, creatievere werk van het vertalen van menselijke bedoelingen in een hogere programmeertaal.⁵

In haar preadvies komt Anna Berlee in wezen tot eenzelfde conclusie: digitale techniek lijkt alleen ondersteuning te bieden, terwijl de wezenlijke juridische taken nog steeds door mensen moeten worden verricht (preadvies, par. 6.3). Dit is een verhelderende conclusie die veel van de lucht uit overtrokken voorspellingen – optimistisch dan wel pessimistisch – laat wegllopen. Haar analyse vindt ook steun in de geschiedenis. Zo zien we het niet als een bedreiging voor juristen dat het handmatige schrijfwerk dat juristen vroeger moesten doen inmiddels is overgenomen door tekstverwerker en printer. Het echte juridische werk bestaat niet daaruit. Preciezer beschouwd is er ook een andere verschuiving van werkzaamheden opgetreden. Advocaten schreven 25 jaar geleden niet zelf hun brieven, maar dicteerden deze, waarna een secretaresse het dictaat uittikte (en details zoals adres aanvulde), op de post deed en archiveerde.⁶ Tegenwoordig moeten veel advocaten zelf de brief uittikken (al is het in e-mail), verzenden en archiveren, doordat het secretariaat is ingekrompen als gevolg van automatisering. De techniek heeft in zoverre voor advocaten ertoe geleid dat er juist *meer* taken bij hen kwamen te liggen dan voorheen.

Berlee beschrijft in haar preadvies met veel kennis van zaken welke mogelijkheden én beperkingen er bij de huidige stand van de techniek zijn (preadvies, par. 6.2). Op korte termijn zou bijvoorbeeld jurisprudentieonderzoek (preadvies, par. 6.2.3-6.2.5) of literatuuronderzoek⁷ gemakkelijker worden. Dit lijkt nodig door de onhandelbaar grote hoeveelheid informatie die tegenwoordig beschikbaar is via rechtspraak.nl, Kluwer Navigator, Legal Intelligence en het openbare Internet (preadvies, par. 6.2.4). Zo’n ontwikkeling is niet nieuw: de beschikbaarheid van de NJ op cd-rom leidde in de jaren negentig al tot het afkalven van de oude techniek van handmatig doornemen van NJ-jaargangen, zoals enkele jaren later het gebruik van cd-rom weer werd ingehaald door online zoeken met Kluwer Navigator. Nog verder teruggaand: de publicatie van jurisprudentie⁸ is zelf weer een belangrijke factor geweest in het ontstaan van de rechtswetenschap en precedentwerking van rechtspraak.⁹

5 Overigens zijn compilers wel ‘slimmer’ geworden; zij brengen tegenwoordig ook optimalisaties aan die meer inhouden dan rechtlijnig vertalen van instructies in machine code. Verder heeft het gebruik van compilers ook tot gevolg dat er impliciet moet worden vertrouwd op de eerlijkheid van de makers van de compiler. Zie K. Thompson, ‘Reflections on Trusting Trust’, *Communication of the ACM*, Vol. 27, No. 8, August 1984.

6 Hierop wijst ook Jaap Bosman, zie C. Driessen, ‘Robotadvocaten? Je moet je niet gek laten maken’, NRC 26 augustus 2019.

7 Vgl. <https://www.nrc.nl/nieuws/2019/01/14/software-vist-de-beste-artikelen-eruit-a3628952>.

8 Wat op zichzelf een technische innovatie was (in de brede zin van techniek).

9 W. Zwolve, C. Jansen, *Publiciteit van jurisprudentie*, Deventer: Kluwer 2013.

Het gaat er dus niet alleen om dat de techniek concrete taken overneemt. Het feit dat die taken worden overgenomen heeft repercussies. In aanvulling op en in discussie met het preadvies van Berlee zou ik enkele verdergaande consequenties willen belichten, en ook enkele kanttekeningen uitwerken die zij in haar preadvies al aanstipte. Daarvoor wil ik wijzen op de bredere effecten die een nieuwe techniek kan hebben, juist als die techniek geen volledige vervanging is voor bestaande verschijnselen.

Een voorbeeld kan dit illustreren. De automobiel had vanaf haar introductie diverse nadelen. Een auto kon bijzonder gevaarlijk zijn voor andere weggebruikers: waar een paard zelf kan uitwijken voor een voetganger,¹⁰ rijdt een auto blindelings door. Een auto kan niet op elk terrein rijden maar heeft vlakke weg nodig; waar een paard voldoende heeft aan gras dat op tal van plaatsen van nature groeit, heeft een auto speciale brandstof nodig. Een auto kan zich echter wel sneller dan een paard voortbewegen, en bovendien wordt een auto niet moe. De brede aanvaarding van auto's vereiste verder de oprichting van een complete infrastructuur van pompstations en verharde wegen, waardoor auto's tegenwoordig evident superieur lijken aan paarden. Techniek vereist nagenoeg altijd aanpassing van de maatschappij om de techniek te faciliteren. Ook voor paarden was er in het verleden een infrastructuur, bestaande uit een netwerk van poststations waar verse paarden konden worden verkregen: door het steeds wisselen van paard kon een ruiter snel een grote afstand leggen zonder gehinderd te worden door de beperkte actieradius van een individueel paard.¹¹

Dit voorbeeld valt nog uit te breiden. Kort na introductie van de auto is een alternatief vervoermiddel ontstaan: het vliegtuig. Dit is geen volledige vervanging voor andere vervoermiddelen: een vliegtuig brengt je nooit naar je uiteindelijke bestemming. Dit geldt overigens ook voor het paard en de auto: de laatste meters moeten altijd te voet worden afgelegd. Niettemin wordt het vliegtuig veel gebruikt, omdat het voor dat wat het wel kan het voordeel biedt van snelheid.¹² De maatschappij heeft er veel voor over om dat voordeel te genieten: grote geluidsoverlast en milieuschade, risico op terrorisme, en voor individuele reizigers aanzienlijke wachttijden en formaliteiten.

Wat we hieruit kunnen leren is dat het voor het slagen van een techniek vooral bepalend is waar de afnemer belang aan hecht. Een vliegtuig is niet per se gemakkelijker of comfortabeler dan een trein, maar is wel sneller.¹³ Een techniek kan bovendien overwinnen doordat externaliteiten worden afgewenteld: de afnemers genieten de voordelen, de nadelen zijn voor anderen. Op

10 Een paard is in essentie een zelfsturend voertuig op bio-branstof, voorzien van een geavanceerd neurale netwerk.

11 https://en.wikipedia.org/wiki/Stage_station.

12 En op dit moment vaak ook goedkoper; dat was tot omstreeks 2000 echter niet het geval.

13 Al moet ook rekening worden gehouden met wachttijden e.d.

individuele basis is de techniek dan aantrekkelijk, terwijl zij maatschappelijk gezien onwenselijk kan zijn. Een techniek staat bovendien niet op zichzelf maar veronderstelt onuitgesproken ondersteuning van een uitgebreide infrastructuur¹⁴ en van aanvullende middelen die de tekortkomingen van de techniek ondervangen. Voorstanders van een nieuwe techniek laten die ondersteuning gemakshalve ongenoemd, waardoor zo'n techniek voordeliger lijkt dan in werkelijkheid het geval is. Als we alleen kijken naar de abstracte functie van een zekere techniek missen we dit soort aspecten die de realiteit van een technische implementatie uitmaken.

Wat is dan voor het recht deze realiteit waarbinnen digitale techniek zou moeten functioneren? Daarvoor is het relevant te weten wat het recht is, wat juristen doen. Laten we ten behoeve van de discussie aannemen dat het recht als institutie dient om geschillen te beslechten, de overheid de samenleving te laten reguleren, en een rechtvaardiger samenleving te bereiken. Die doelen worden bereikt doordat juristen beslissingen nemen, adviseren, informeren e.d. Daarbij gebruiken zij – en worden zij geleid door – het positieve recht. Tegelijk denken juristen ook na over het recht: van sommigen wordt verwacht dat zij dit kritisch onderzoeken, anderen zijn vooral bezig met toepassen van het recht. Wat deze activiteiten gezamenlijk beogen, wat het gemeenschappelijke doel van juristen zou moeten zijn, is het *realiseren van rechtvaardigheid*.

Concreet kunnen we drie verschillende gebieden van juridische arbeid onderscheiden:

1. De intellectuele arbeid om uit de feiten een uitspraak te destilleren, daarbij gebruikmakend van het recht (de rechtsregels). In bredere zin valt hieronder ook de uitvoering van in rechtsregels neergelegd beleid. Dit noemt men ook wel de *rechtstoepassing*.
2. De arbeid om te beoordelen wanneer het recht tekortschiet en hoe de regels dan wel zouden moeten luiden. Dit is *rechtsontwikkeling*.¹⁵
3. De wetenschappelijke arbeid om het recht te doorgronden en de diepere lagen daarin te ontdekken, in de empirie van de uitspraken de algemene lijnen te ontwaren. Dit is het gebied van de *rechtswetenschap*.¹⁶

Een groot deel van de discussie over digitalisering lijkt vooral betrekking te hebben op rechtstoepassing: de verwezenlijking van het recht in de praktijk. Het rechtsbedrijf kan worden beschouwd als een vorm van institutionele 'techniek' om deze sociale functie te vervullen. De eigenaardigheden van het recht zijn gevolg van de beperkingen die deze techniek in het verleden had.

14 Waar we alleen bij falen van bewust worden, zoals de brandstofvoorziening op Schiphol.

15 De term rechtsvinding is dubbelzinnig en kan in dit verband beter vermeden worden. Het duidt enerzijds op het vinden van de toepasselijke regel bij een casus, anderzijds op rechtsontwikkeling.

16 De rechtswetenschap zal ik in het vervolg buiten beschouwing laten.

Het rechtsbedrijf moest vroeger onontkoombaar worden uitgevoerd door mensen: zonder mensen was het onmogelijk complexe regels¹⁷ uit te voeren. Berlee beschrijft in haar preadvies hoe de techniek nu ook ingewikkelder taken zou kunnen overnemen op het domein dat tot voor kort aan mensen was voorbehouden: beslissingen nemen over complexe voorwaarden. Het gaat dan bijvoorbeeld om uitvoering van overheidsregels (par. 6.3.4), het verwerken van transacties in overheidsregisters (par. 6.3.2), onderzoek en analyse van juridische teksten, uitspraken, en documenten (par. 6.3.1 en 6.3.3). Dat heeft voordelen. De inzet van mensen is immers niet perfect: er is kans op menselijke vergissingen, traagheid in uitvoering, misbruik van of onjuiste invulling van discretie bij de regeltoepassing (zoals bij vooroordelen, discriminatie, rechtsongelijkheid). Digitalisering, mits goed uitgevoerd, zou zulke nadelen wegnemen.

De menselijke inzet heeft echter ook voordelen, die in het preadvies op diverse plaatsen terugkeren.¹⁸

Rechtstoepassing is meer dan alleen het vinden, kwalificeren en uitvoeren van regels.¹⁹ De uitvoering door juristen vindt normaal gesproken niet gedachteloos, klakkeloos plaats. Het punt is dat juristen de rechtvaardigheid van het rechtssysteem realiseren door en tijdens de uitvoering van hun taken. Dit is de positieve zijde van de discretionaire bevoegdheid: zij heeft twee aspecten.

Als eerste zijn juridische regels niet af, zij moeten worden uitgelegd door de toepassers, met gebruikmaking van discretie. Omdat rechtstoepassing vroeger alleen kon plaatsvinden met behulp van mensen was er nooit een noodzaak om juridische regels goed te formaliseren en konden zij open eindjes bevatten, elementen die interpretatie nodig hadden. Het nadeel van menselijke toepassing werd aldus een voordeel. Het is immers praktisch onmogelijk om alle gevallen te voorzien, de ‘mille questions inattendues’²⁰ die in de praktijk opkomen. We delegeren de taak van het oplossen van onvoorziene gevallen aan de rechtstoepassers, die de regel verder uitwerken in de praktijk. De regel wordt door mensen *gerealiseerd*. In de IT is daarentegen het uitgangspunt dat regels uitputtend aangeven hoe in elk afzonderlijk geval moet worden gehandeld;²¹ een programma (en ook een zelflerend algoritme) geeft altijd een uitkomst, hoe idioot die ook mag lijken. Een technische invulling zonder men-

17 Die meestal de vorm hebben van voorwaarden: als ... dan.

18 Deze kant krijgt de laatste tijd veel aandacht: zie bijv. M.H.A.F. Lokin, *De wetgever als systeembeheerder*, diss. Amsterdam (VU) 2018, P. de Winter, *Tussen de regels*, diss. Groningen 2019.

19 Overigens zijn de juridische regels ook veel complexer dan wel wordt gedacht; het complex van wettelijke regels is op een andere wijze opgesteld dan bij een gewoon procedureel geformuleerd programma (lijkt meer op een functionele taal als LISP of Haskell). Er zou een fundamentele wijziging van de structuur van juridische regelsystemen nodig zijn als men de technische uitvoering zou willen vergemakkelijken.

20 Zoals de fameuze frase luidt uit het Discours Préliminaire bij de Code civil.

21 Al weten ervaren programmeurs ook dat zij fouten kunnen maken en dat er onvoorziene uitkomsten kunnen resulteren doordat zij niet alles hebben voorzien.

selijke interventie vereist dat de regels vooraf uitputtend en in detail correct zijn opgesteld.²² Dit is net zo gemakkelijk als het schrijven van foutloze software.²³

Ten tweede willen we ook niet dat regels zonder uitzondering worden toegepast. Integendeel: sinds de Tweede Wereldoorlog zijn we ervan doordrongen dat het ongewenst is dat mensen klakkeloos bevelen opvolgen. Ook dit is een onderdeel van het verwezenlijken van rechtvaardigheid. Dat wordt bijvoorbeeld tot uitdrukking gebracht in de beroepseed van advocaten (“dat ik geen zaak zal aanraden of verdedigen, die ik in gemoede niet gelove rechtvaardig te zijn”, artikel 3 lid 2 Advocatenwet). Deze benadering van regels staat op gespannen voet met de IT-benadering, waarin systemen zoveel mogelijk ongehinderd hun eigen logica moeten volgen. De maatschappelijke opvattingen over deze door rechtvaardigheid gedreven bevoegdheid om af te wijken zijn niet consistent. De ene keer is er protest als juristen die regels naar de strekking in plaats van de letter zouden uitleggen, de andere keer is er kritiek als regels precies worden nageleefd.²⁴ Als juristen zijn we hieraan gewend; dit laat vooral zien dat de maatschappelijke wensen hier niet eenduidig zijn. De maatschappij heeft juristen het vertrouwen geschonken dat zij bij de concrete rechtstoepassing proberen de rechtvaardigheid te bevorderen en eventuele vergissingen in de regels te corrigeren. Juristen zijn de voorhoede van de rechtvaardigheid.

Aangenomen dat algoritmen nog slechts beperkt de menselijke opvatting van rechtvaardigheid benaderen, is het gevolg van de inzet van techniek dat de juridische kerntaken misschien in grote lijnen correct worden uitgevoerd, maar dat de techniek hierbij correctie nodig heeft van mensen.²⁵ Dit vereist dat digitale systemen altijd van een *override* worden voorzien, een juridische noodrem waardoor een jurist haar²⁶ discretionaire bevoegdheid daadwerkelijk kan toepassen. De mens moet controle houden.

Dit is echter niet genoeg. De controlerende jurist verschilt dan niet veel van een Facebook-moderator die een eindeloze stroom plaatjes en tekst moet bekijken om te voorkomen dat er onwenselijke *content* doorheen glipt. Is het dan wel mogelijk om alert te blijven en goed te oordelen? Bovendien wordt het moeilijk om kritisch te blijven op de uitkomst van het algoritme als dit vaak goed uitpakt, men gaat maar al te gemakkelijk mee met de algoritmische

22 Een zelflerend algoritme is hier geen verbetering voor: dat wordt getraind aan de hand van heel veel gevallen, maar zal per definitie slechts zelden met bijzondere gevallen worden geconfronteerd, en het is de vraag of alle bijzondere gevallen op een vergelijkbare wijze kunnen worden behandeld als in het verleden.

23 Ter verduidelijking: in de IT heeft de ervaring geleerd dat grote software altijd fouten (bugs) bevat. Deze bestaan er ook meestal uit dat een bepaald geval niet is voorzien of niet goed wordt geregeld.

24 Illustratief zijn de standpunten van de Tweede Kamer ten aanzien van de werkwijze bij toeslagen bij de belastingdienst, en de vraag in hoeverre ambtenaren en rechters van deze wettelijke regels mogen afwijken.

25 Berlee wijst hier herhaaldelijk op in haar preadvies, bijv. par. 3.4.

26 Ik gebruik in deze tekst bij personen steeds de vrouwelijke vorm, ter afwisseling van het gangbare gebruik van de mannelijke vorm.

nudge, de presumptie dat het wel zal kloppen. Dit kan versterkt worden als de interface van het systeem slecht ontworpen is en het veel gedoe is om af te wijken van de algoritmische uitkomst. Er zal meer aandacht nodig zijn voor een goede interface waarmee het gemakkelijker wordt voor mensen om de uitkomst van de software bij te sturen (dus een goed design), omdat anders de neiging bestaat om het er maar bij te laten zitten. Een vergelijkbaar probleem is er als het algoritme een eerste beslissing geeft en degene die daardoor geraakt wordt maar in bezwaar moet gaan als zij het er niet mee eens is. Door een dergelijke handelswijze wordt de rechtstoepassing in concreto verslechterd: we krijgen eerst onrecht, en pas na klachten de kans op recht.

Waarom zou, gelet op de hierboven geschetste bezwaren, toch worden gekozen voor digitalisering in het recht? Waarom zou de maatschappij ervoor kiezen om het recht door simpele neurale netwerken te laten uitvoeren in plaats van de complexe neurale netwerken die mensen zijn?²⁷ Waarom zouden burgers het passende juridische maatwerk willen vervangen door confectie?²⁸ Het antwoord: vanwege geclaimde kostenbesparing, vanwege het verlangen om niet van menselijke experts afhankelijk te zijn, vanwege geclaimde snelheid. Dezelfde redenen waarom mensen online winkelen in plaats van bij een fysieke winkel langs te gaan. Wel mist men dan de advisering, maar dat lossen mensen op door bij de fysieke winkel gratis advies te halen om vervolgens het product online te kopen. Voor de maatschappij lijkt dit een aantrekkelijk perspectief: de belofte van besparing lonkt, evenals de gedachte dat burgers niet meer van ondoorgrondelijke experts afhankelijk zijn.

Digitalisering werkt dan zoals een vliegtuig: het levert ons niet af bij het uiteindelijk eindpunt, maar brengt ons wel snel dicht in de buurt. Digitale techniek kan niet alle aspecten van de werkzaamheid van juristen vervangen. Wat er gebeurt is dat een menselijke organisatie wordt vervangen door een gemengd technisch-menselijke organisatie. Mensen moeten de ‘laatste meters’ verzorgen. Het preadvies (bijv. par. 6.3.2, 6.3.4) benoemt dit uitdrukkelijk. Het adviseren, het uitleggen van juridische beslissingen en terugkoppelen aan mensen vereist vooralsnog communicatievaardigheden die voor algoritmen niet zijn weggelegd. Deze laatste taken lijken echter niet de kern van het juridische werk uit te maken.

Bij een dergelijke inzet van IT moet wel een kanttekening worden geplaatst, die in het preadvies niet aan de orde komt maar maatschappelijk van enig belang is.²⁹ Wie betaalt de noodzakelijke menselijke aanvulling en infrastructuur? De kans is groot dat – zoals vaak bij IT – deze kosten wordt afgewenteld op de gebruiker, op de maatschappij, op derden. In plaats van te spre-

27 Cf. <https://xkcd.com/2173/>

28 Het thema van Richard Susskind, die deze these in diverse boeken heeft ontvouwd.

29 Daarnaast zijn er problemen met de beheersing van een IT-gedreven organisatie, zie par. 3 hieronder.

ken met een medewerker aan een klachtenloket die je kan helpen met het categoriseren van je klacht, moet je je door een gebrekkig en tijdverslindend keuzemenu heenworstelen waar jouw geval net niet in staat. De organisatie wordt daarmee efficiënter, maar de klant heeft er meer werk aan. IT eist dat de mens zich aanpast, in plaats dat de IT wordt verbeterd om zich aan te passen voor wat beter werkt voor mensen.³⁰ Dat laatste zou immers voor de organisatie hogere ontwikkelkosten met zich brengen.

Bij tussenkomst van menselijke juristen worden de kosten voor extra uitleg en advies voor lastige gevallen of minder zelfredzame burgers omgeslagen over alle klanten (wat neerkomt op kruissubsidiëring). Bij een technische oplossing is de neiging om deze bijstand weg te bezuinigen en te eisen dat klanten zelf een oplossing vinden, wat hen noodzaakt om op eigen gelegenheid en kosten bijstand te zoeken. Het netto-effect is dat armlastige en minder goed opgeleide burgers in de kou blijven staan: zij moeten genoeg nemen met tweederangs recht.³¹

De inzet van digitale middelen lijkt vooral verslechtering voor de kwetsbaardere afnemers van het recht met zich te brengen, terwijl de voorgespiegelde voordelen van kostenbesparing en snelheid terechtkomen bij organisaties en hoogopgeleide zelfredzame burgers. Toch is dat een te sombere conclusie;³² in par. 7.4 kom ik hier op terug.

7.2 Autoriteit en algoritme

De bezwaren bij rechtstoepassing zijn één ding, maar hoe zit het met de paradigmatische juridische taak: de rechtspraak? Berlee is terecht nogal sceptisch over de mogelijkheid om de rechter te vervangen (par. 6.3.3). De techniek is simpelweg niet zo ver. Maar wat als de ontwikkelingen nog verder gaan, en algoritmen wel juridisch correcte leesbare uitspraken kunnen vervaardigen? In de LegalTech-wereld lijkt men vanzelfsprekend aan te nemen dat de komst van de robotrechter slechts een kwestie van tijd is. Mijns inziens zijn er meer principiële bezwaren, die centreren rond de notie van gezag of autoriteit.

Een voorbeeld. Volgens het Oude Testament ontving Abraham het commando van God dat hij zijn enige zoon moest offeren. “Neem toch uw zoon, uw enige, die gij liefhebt, Isaak, en ga naar het land Moria, en offer hem daar

30 Een voorbeeld is de invoering van uniforme codes als IBAN en ECLI, die het leven voor computers makkelijker maken maar voor mensen lastiger zijn te hanteren. Deze nummers expliciteren achtergrondinformatie die voor mensen gemakkelijk is toe te voegen, maar voor computers moeilijk is aan te vullen. Het gaat hierbij om een uitvloeisel van de in de IT bekende Wet van Tesler (behoud van complexiteit).

31 Overigens moet men beseffen dat dit een fenomeen is dat in zekere zin van alle tijden is. Het wordt alleen problematisch als bepaalde groepen een wezenlijke belemmering ervaren bij de toegang tot de rechter.

32 Digitalisering kan overigens ook kostenbesparing voor lager opgeleide burgers opleveren in standaardgeval- len; problemen ontstaan vooral waar een burger niet wordt geholpen bij een niet-standaardgeval.

tot een brandoffer op een der bergen, die Ik u noemen zal” (Genesis 22:2). Abraham volgde het bevel op, ging naar de bedoelde plaats, bond zijn zoon, legde hem op het altaar, en nam het mes om hem te doden. “Maar de Engel des Heren riep tot hem van de hemel en zeide: Abraham, Abraham. En hij zeide: Hier ben ik. En Hij zeide: Strek uw hand niet uit naar de jongen en doe hem niets, want nu weet Ik, dat gij godvrezend zijt, en uw zoon, uw enige, Mij niet hebt onthouden” (Genesis 22: 9-12).

Dit is een voorbeeld van *autoriteit*. Autoriteit betekent dat een bevel wordt opgevolgd, ook als je het niet begrijpt of niet wenselijk vindt. Een vergelijkbare geval zien we in de Griekse legende van Agamemnon, die de opdracht krijgt zijn dochter Ifigenia te offeren. Onder niet-classici is dit bekend geworden door de analyse van Martha Nussbaum in *The Fragility of Goodness*: zij las dit als een dilemma, waarbij de fout van Agamemnon niet lag in het opvolgen van het bevel maar daarin dat hij onvoldoende besef gaf van de ernst van dit dilemma.

Het recht kent een vergelijkbare figuur: juridische autoriteit.³³ *Lex dura, sed lex*: ook een wet waar we het mee oneens zijn is geldend recht. Uitvloeisel hiervan is dat we een rechterlijke uitspraak erkennen, ook als we het ermee oneens zijn, mits die uitspraak op geldige wijze (volgens Hartiaanse secundaire regels) tot stand is gekomen.

De vraag is nu: heeft een algoritmische beslissing autoriteit? Neem een gedachtenexperiment: het algoritme veroordeelt u een ander mens te doden. Als de uitspraak autoriteit heeft, bent u verplicht dit gebod op te volgen. Uiteraard doet u dat niet. Maar daaruit volgt dat u de autoriteit van het algoritme niet erkent. Het is een conditionele autoriteit: alleen bepaalde uitkomsten zijn acceptabel. Nu valt tegen te werpen dat dit een absurd voorbeeld is: een goed getraind algoritme komt alleen met normale uitkomsten. Bij menselijke rechters is een idiote beslissing theoretisch ook mogelijk, maar zo onrealistisch dat het geen zin heeft hierover te discussiëren.³⁴

Hoewel een correct tot stand gekomen uitspraak juridische autoriteit heeft, is dat in de moderne maatschappij wel degelijk voorwaardelijk. Zij moet ook aanvaardbaar zijn. Eén manier waarop de aanvaardbaarheid van een uitspraak wordt ondersteund is door de eis dat de uitspraak gemotiveerd is. Die motivering is er onder meer voor de aanvaardbaarheid van de uitspraak.³⁵ Dit is één reden waarom de taak van een robotrechter veel lastiger is dan alleen het geven van een dictum: het is ook nodig een sluitende motivering te geven. Dit blijkt bijvoorbeeld uit onderzoek naar affectieschade: een slachtoffer is niet tevreden als er alleen een bedrag wordt geprikt aan vergoeding, er is ook be-

33 Zie hierover Joseph Raz.

34 Dit komt mede doordat menselijke juristen zijn ingebed in een organisatie die ervoor zorgt dat zij geen idiote dingen doen, en die hen zonodig corrigeert.

35 Staande rechtspraak sinds HR 4 juni 1993, NJ 1993/659 (Vredo/Veenhuis).

hoeft aan een daadwerkelijke behandeling en individuele beoordeling van een zaak.

De techniek is op dit moment niet zo ver. Zoals Berlee aangeeft (preadvies, par. 6.2.6) geven algoritmen vooral antwoorden (op basis van statistisch gedreven voorspellingen), maar geen argumenten. Er vindt echter wel onderzoek hiernaar plaats (par. 6.2.6.1). De technieken worden steeds geavanceerder, zoals bijvoorbeeld is te zien aan de kwaliteit van Google Translate. Het lijkt niet uit te sluiten dat algoritmen over enige tijd ook motiveringen zouden kunnen maken.³⁶

Maar misschien is het probleem nog fundamenteeler. Om dit te illustreren zou ik willen teruggrijpen op een gedachtenexperiment uit de filosofie.³⁷ Stel dat we een mens in een kamer plaatsen met de wetboeken en jurisprudentie, en haar voorzien van een gedetailleerde gecodeerde instructie die zegt welke stappen zij moet nemen om tot correcte uitkomsten te komen. De regels noemen niet de rechtsregels maar zijn geformuleerd als: zoek woord A op in tabel B, neem de uitkomst en tel die op bij de code van woord C. Vinden we dan dat zij jurist is, ook als zij niet begrijpt wat zij doet?³⁸ Stel dat een algoritme een motivering kan fabriceren door te kopiëren wat er in veel vergelijkbare uitspraken plaatsvindt, is dat dan genoeg opdat de algoritmische uitspraak autoriteit heeft? Hier lijkt een probleem te zijn: een motivering hoort niet alleen sluitend te zijn bij de uitspraak, maar impliceert ook dat degene die deze opschreef hier daadwerkelijk in gelooft, er achter staat. Dit lijkt niet mogelijk zolang het algoritme niet zelf begrijpt wat het doet, geen zelfbewustzijn heeft.³⁹

We lijken te veronderstellen dat een jurist een sterkere identificatie met het recht heeft, begrijpt wat het recht drijft, wat de inherente moraal van het recht is. Mijn hypothese is dat wat we hier verwachten ten dele teruggrijpt op het hierboven gesignaleerde punt, dat we verwachten dat een jurist bij rechtstoepassing ook rekening houdt met bijzonderheden die dwingen tot afwijking. Een algoritmische beslissing kan correct zijn voor eenvoudige gevallen, de veelvoorkomende standaardzaken, maar niet voor de lastige zaken, de bijzondere gevallen. Sterker nog: hoe moeten gewone en moeilijke gevallen worden

36 Een bezwaar is wel dat dit niet helpt om de systematische structuur van het recht te vatten; het blijft gaan om statistische verbanden en niet om het toepassen van een systeem. Het is een interessante vraag – die hier niet kan worden beantwoord – in hoeverre het doctrinaire systeem van het recht ook van belang is voor de kwaliteit en aanvaardbaarheid van uitspraken. Helpt het justitiabelen als een uitspraak is gemotiveerd onder verwijzing naar de concrete systematiek van het recht en bijbehorende doctrines als eigen schuld, causaliteit, relativiteit?

37 Dit is geïnspireerd op het zogenaamde ‘Chinese Room’ argument uit J. Searle, ‘Minds, Brains and Programs’, *Behavioral and Brain Sciences*, 1980 (3/3), p. 417–457. Searle voerde dit aan als argument tegen de mogelijkheid van AI.

38 Ervaren juristen hebben misschien wel eens het gevoel dat sommige net afgestudeerden inderdaad zo te werk gaan, alleen de regels blindelings kunnen toepassen maar niet goed begrijpen hoe het werkt.

39 Ik laat mij er niet over uit of het principieel onmogelijk is dat een algoritme zelfbewustzijn zou ontwikkelen, ik stel alleen dat er een probleem is voor de inzet als rechter *zolang* dat niet het geval is.

onderscheiden? Dat lijkt zelf weer een moeilijk probleem te zijn. De rechtstoepassing is in zoverre niet geheel te scheiden van rechtsontwikkeling.⁴⁰

Mensen lijken beter dan computers in staat te zijn hiermee om te gaan.⁴¹ Dit wijst er op dat er iets bijzonders is in de manier waarop mensen zaken behandelen. We verwachten dat mensen open staan voor het bijzondere, voor de concrete ander. Weliswaar zijn er ook veel mensen die in hun werk prijs stellen op voorspelbaarheid en routine, maar we verwachten in elk geval dat mensen tegenover een concrete ander ook bereid zijn door algemene indrukken heen te kijken en zich een oordeel over de rechtvaardigheid in het concrete geval te vormen. Dit vindt in het recht erkenning in de mogelijkheid af te wijken van regels door het vormen van nieuw recht, of op kleine schaal door discretionaire bevoegdheden in toepassing. Als juristen afwijken van een rechtlijnige toepassing van regels is dat niet per se een tekortkoming van mensen maar kan het integendeel ook de toepassing zijn van een belangrijke deugd. De mogelijkheid van maatwerk is inherent aan ons idee van rechtvaardigheid.⁴²

Dit oog voor het individuele tekent juristen. Juristen zijn in het algemeen misschien afwijkend van doorsnee wetenschappers doordat zij minder letten op algemene regels en juist een scherp oog hebben voor bijzondere gevallen, afwijkingen, de gevallen waarin het mis kan gaan. Op zichzelf kan een algoritme ook getraind worden om ten minste een deel van bijzondere gevallen op te merken. Maar het is niet duidelijk hoe die vervolgens moeten worden behandeld. Dat is immers precies waarom het een bijzonder geval is. Is rechtsontwikkeling (dat zich richt op bijzondere gevallen, die een afwijking van de bestaande lijn rechtvaardigen) überhaupt mogelijk door algoritmes? Bij de beoordeling van bijzondere én gewone gevallen lijken we te veronderstellen dat de beslisser ook gevoelig is voor de argumenten en belangen aan beide zijden. En dit is misschien het punt waar een algoritme fundamenteel tekort lijkt te schieten.

We veronderstellen dat een rechter bij zijn beslissing kan meewegen of er een noodtoestand dreigt te ontstaan door geldgebrek, door uitzetting uit een woning. Dat komt doordat een rechter geacht wordt te begrijpen wat het is om honger te lijden, pijn te hebben, gewond te raken. Als een rechter zou zeggen 'ik heb gehoord dat het erg is om honger te lijden',⁴³ zou dit serieuze twijfel oproepen over haar capaciteit om uitspraken te doen. Een deel van de kritiek op rechters lijkt betrekking te hebben op hun vermeende wereldvreemdheid.

40 Ik realiseer mij dat dit allerm minst een originele gedachte is.

41 Dit geldt uiteraard niet per se voor alle mensen, het punt is alleen dat computers hier fundamenteel beperkt in lijken te zijn ten opzichte van wat veel mensen kunnen.

42 Er zijn overigens grenzen aan maatwerk, vgl. T. Loenen, 'Recht en het onvervulbare verlangen naar individuele gerechtigheid. Over verfijning van regelgeving, vage of open normen en concrete toetsing aan grondrechten', RM Themis 1996 (157/4), p. 123-136.

43 Of de ten onrechte aan Marie-Antoinette toegeschreven uitspraak: Laat ze brioche eten.

Het probleem met algoritmes is dat deze uit de aard der zaak wereldvreemd zijn.⁴⁴ Zij kennen de wereld niet, en kunnen alleen getraind worden op bepaalde factoren omdat zij uit hun data destilleren dat sommige aspecten kenmerkend belangrijk zijn en door menselijke rechters op een bepaalde manier worden gewogen. Kan een robotrechter dan met gezag, met autoriteit, beslissen dat het belang van een verhuurder bij de ontruiming van een woning moet wijken voor het belang van een huurder om niet op straat te komen te staan? Kan een robotrechter eigen schuld meewegen? Kan een robotrechter vaststellen wanneer een verjaringstermijn mag worden doorbroken? Om met gezag een uitspraak te doen, een belangenafweging te maken, lijkt het nodig te zijn dat je meer doet dan regels volgen. Het is nodig om te weten wat het is om in de wereld te leven. De rechter moet, zagezegd, in de wereld zijn.⁴⁵ De rechter moet mens zijn.⁴⁶

De menselijkheid van de rechter wordt door sommigen ook als nadeel opgeworpen. Een zekere mate van subjectiviteit is onontkoombaar, wat kan leiden tot vergissingen, afwijkingen van het geldende recht, en ook tot onwenselijke vormen van subjectiviteit als partijdigheid en vooringenomenheid of *bias*. Maar hiertegenover kan niet een 'objectief' algoritme worden gesteld. Algoritmen zijn niet objectief, dat is een eigenschap die alleen aan mensen kan worden toegekend. Een algoritme heeft inderdaad geen banden met mensen en kan niet in die zin partijdig zijn, maar de patronen in algoritmische beslissingen zijn gedreven door de training die het algoritme heeft gehad en deze kunnen net zo partijdig en vooringenomen zijn als mensen. Juist doordat een algoritme geen banden heeft is het niet vatbaar voor correctie door publieke verantwoording, maatschappelijke onrust. Maar daardoor is het losgezongen van de samenleving, het heeft geen 'voeling met de maatschappij'. Algoritmen zijn niet onpartijdig, zij zijn alleen onthecht.

Dat dit wezenlijke punt wordt miskend komt misschien doordat veel mensen die werkzaam zijn in IT en data science uitgaan van een natuurwetenschappelijk wereldbeeld, waarbij een algoritme alleen maar het in de natuur besloten liggende toepasselijke patroon hoeft te vinden en volgen, zoals de banen van planeten. Zij miskennen dat het recht niet zo'n vastgelegd patroon is. Het recht is een gezamenlijk project waar de mensheid gaandeweg vorm aan geeft. Weliswaar zijn er ook algemene, onveranderlijke principes in het recht aanwezig. De meer gedetailleerde uitwerking van zulke principes, die nodig is voor rechtstoepassing, lijkt echter niet puur deductief te kunnen wor-

44 Zij maken zagezegd geen deel uit van de menselijke levenswijze, onze levensvorm (Wittgenstein).

45 Term ontleend aan Heidegger.

46 Deze argumentatie betreft niet alleen de mogelijkheid van algoritmische rechtspraak, maar ook de inzet van algoritmen die zichzelf in de directe praktijk zouden verbeteren ('zelflerend' zouden zijn). Deze zouden evenmin betrouwbaar zijn als niet verzekerd is dat zij connectie hebben met menselijke 'besognes'. Overigens sluit ik niet uit dat niet-menselijke levende wezens hetzelfde zouden kunnen als mensen; ik gebruik de term 'mens' in de zin van een belichaamde, aan het leven deelnemende ratio.

den afgeleid uit deze principes zonder rekening te houden met lokale, tijdgebonden omstandigheden.⁴⁷ Het zijn de juristen die bemiddelen tussen die principes en de samenleving,⁴⁸ en zij doen dat door recht te vormen.

Het recht maakt de brute wereld menselijker: juristen zijn de tolken tussen de rauwe werkelijkheid en de ideale rechtvaardigheid. De menselijkheid van rechters is tot op heden wat garandeert dat het recht verbinding houdt met de samenleving. Rechters proberen te zorgen dat zij een uitspraak nog kunnen uitleggen aan niet-juristen. Zij maken vergelijkbare dingen mee als andere mensen, doen boodschappen, hebben kinderen, sluiten overeenkomsten, nemen deel aan het verkeer. Misschien is het omdat burgers weten dat rechters deel uitmaken van dezelfde samenleving als zij, hun zorgen delen, dat rechterlijke uitspraken aanvaardbaar zijn, ook als je het niet met de uitkomst eens bent.⁴⁹ Nederlandse rechters spreken tegenwoordig ook begrip voor het standpunt van een partij uit in uitspraken; een robotrechter zou zulke zinnen wel kunnen uitspreken, maar dat zouden louter lege woorden zijn. Het is zelfs niet huichelachtig omdat een computer niet eens kan huichelen. Concreet veronderstellen we in rechterlijke uitspraken dat wat filosofen 'intentionaliteit' noemen, een bedoeling, wat impliceert dat de rechter begrijpt wat er in de zaak aan de orde is en wat de gevolgen van haar vonnis zijn.

Kortom: het mens-zijn lijkt wezenlijk te zijn voor de rechterlijke arbeid. Niet alleen voor het kunnen motiveren, het herkennen van bijzondere gevallen, maar ook omdat bij het afwegen van belangen wordt vereist dat de rechter begrijpt wat deze belangen inhouden. De op statistische patronen gebaseerde werkwijze van hedendaagse algoritmes voldoet hier niet aan.⁵⁰ Simpel gesteld: opdat een algoritme recht kan spreken moet het eerst pijn kunnen voelen.⁵¹

47 Charles Fried, 'The Artificial Reason of the Law or: What Lawyers Know', *Texas Law Review* 1981 (60), p. 35-58, op p. 57: 'It is the peculiar task of law to complete this structure of ideals and values, to bring it down to earth; to complete it so that it is seated firmly and concretely and shelters real human beings against the storms of passion and conflict. It is the peculiar task of law to complete this structure of ideals and values, to bring it down to earth; to complete it so that it is seated firmly and concretely and shelters real human beings against the storms of passion and conflict.' In essentie is dit niet anders dan wat Montesquieu al zei, zie Boek XIV e.v. van *Over de geest van de wetten*.

48 Vgl. Preadvies, par. 3.2 over de rol van de notaris.

49 De Hoge Raad benadrukt tegenwoordig ook het belang van de mondelinge interactie op een zitting, omdat dit van invloed kan zijn op de uitspraak (HR 22 december 2017, NJ 2019/147). Dit is opnieuw een aanwijzing dat er bij rechtspraak wezenlijk een gesprek plaats hoort te vinden, en het dus niet alleen gaat om het passen van de casus in het juiste juridische vakje.

50 Overigens betekent dit niet dat ik geloof in een 'ziel' of andere mystieke entiteit die de menselijkheid bepaalt. Alleen is de mens veel complexer en anders geconstrueerd dan hedendaagse computers.

51 Zie ook de filosofische thematiek van de lichamelijkheid van de mens, waarover Merleau-Ponty heeft geschreven.

7.3 Het algoritme als A-G?

Als deze argumentatie steekhoudend is, is er een wezenlijk obstakel voor de algehele vervanging van rechters door algoritmen. Maar valt dit niet te onder-
vangen? Als algoritmen ver genoeg ontwikkeld zijn, kunnen zij concept-uit-
spraken vervaardigen, waar vervolgens een mens ter controle naar kijkt. De
rechter wordt dan zagezegd de piloot in een vliegtuig waar steeds meer taken
door een automatische piloot worden overgenomen. Uiteindelijk is de rechter
er dan nog alleen voor de vorm, om mensen gerust te stellen, terwijl haar mo-
gelijkheden om in te grijpen steeds sterker worden ingeperkt. De rechter is dan
niet meer dan een acteur die een voorgekookte tekst opleest.

Dit zou opnieuw neerkomen op een vorm van bedrog, als het juist is dat we
principeel verlangen dat de rechterlijke beslissing een menselijke beslissing
is.⁵² Maar enige vorm van digitale ondersteuning lijkt niet uitgesloten, ook als
de rechter zelf de doorslag geeft. Voor de rechtspraak zou de uitkomst van het
algoritme dan werken als de conclusie van de A-G, die door de Hoge Raad
regelmatig geheel wordt gevolgd, door toepassing van artikel 81 RO. De rech-
ter is dan slechts een controleur: het algoritme zou optreden als rechter in
eerste aanleg met een ongemotiveerde beslissing, terwijl de mens als appel-
rechter fungeert en een uitvoerig oordeel geeft voor de lastiger gevallen. Zelfs
als het algoritme alleen eenvoudige gevallen kan afdoen, is het winst als ten
minste die gevallen snel en goedkoop kunnen worden afgedaan.⁵³ Berlee sug-
gereert een dergelijk model als toekomst (preadvies, par. 6.4).

Toch aarzel ik of dit model strookt met wat verwacht wordt van het recht.⁵⁴
Als juristen slechts de uitkomst van algoritmes controleren, maar niet meer het
werk zelf uitvoeren, is het dan nog wel hetzelfde werk? Als een wiskundige
niet meer zelf rekt, is zij nog een wiskundige?⁵⁵ Juristen lezen steeds min-
der uitspraken, raken niet meer doordrenkt van het recht. Dat lijkt goed, als zij
daardoor in staat zijn contact met leken te houden. Maar het kan ook tot ge-
volg hebben dat juristen niet meer voldoende ervaring hebben om het recht
daadwerkelijk te beheersen, goed vorm te kunnen geven. Recht te kunnen
spreken (en dus ook te kunnen controleren) vereist “the artificial reason and
judgment of the law, which law is an art which requires long study and expe-
rience, before that a man can attain to cognizance of it.”⁵⁶ Men zou kunnen

52 Zoals ook geïmpliceerd in art. 22 Algemene Verordening Gegevensbescherming.

53 Men zou ook kunnen denken aan het afhandelen van massazaken als effectenlease.

54 Ik besprak dit al voor de rechtstoepassing (par. 1). Bij de rechtspraak zijn deze bezwaren nog wat sterker.

55 Zie ook <https://blogs.scientificamerican.com/guest-blog/the-future-role-of-computers-in-mathematics/>. De afhankelijkheid van software in wetenschap kan problemen veroorzaken als er bugs in zitten die de gebrui-
kers niet opmerken: J Bhandari Neupane c.s., ‘Characterization of Leptazolines A–D, Polar Oxazolines from
the Cyanobacterium *Leptolyngbya* sp., Reveals a Glitch with the “Willoughby–Hoye” Scripts for Calcula-
ting NMR Chemical Shifts’, *Organic Letters* 2019 (21), p. 8449–8453.

56 Coke, *Prohibitions del Roy*, (1607) 77 Eng. Rep. 1342, 1343 (K.B.), citaat ontleend aan E.J. Weinrib, ‘Can
Law Survive Legal Education?’, *Vanderbilt Law Review* 2007 (60), p. 401–438, op p. 437.

tegenwerpen dat het volstaat om manager te zijn van het proces. Maar ik aarzel of daarmee dezelfde kwaliteit wordt verkregen. De rechter zou dan alleen gevoelsmatig kunnen controleren of de uitkomst aanvaardbaar lijkt, maar niet in staat zijn een goede afweging te maken of de uitkomst past in het systeem van het recht.

Daarnaast zijn er twee bezwaren die te maken hebben met de wijze van opleiding, ontwikkeling en organisatie van juristen. Deze gelden zowel voor rechtstoepassing als voor de rechtspraak. Als we de gevolgen van digitalisering willen kennen, zullen we ons ook rekenschap moeten geven van de gevolgen op het niveau van de organisatie van het recht als geheel.

De uitbesteding van onderdelen van juridisch werk aan de techniek levert problemen op voor de beheersbaarheid daarvan. Uiteraard hebben juristen altijd al taken uitbesteed, alleen was dit dan naar andere mensen. Rechters worden ondersteund door griffiers en schrijffjuristen, notarissen door notarisklerken, advocaten door advocaat-stagiaires. De ervarener jurist houdt hierbij de supervisie en blijft verantwoordelijk voor het eindresultaat, totdat de nieuweling in staat is om betrouwbaar de kerntaken zelfstandig uit te voeren.

Als echter een juridische kerntaak aan een algoritme is uitbesteed, ontbreekt de mogelijkheid van directe correctie en opleiding. Veruit de meeste juristen zijn niet in staat de werking van een programma of algoritme te verbeteren wanneer dat fouten maakt: zij kunnen een concrete uitkomst aanpassen maar niet voorkomen dat de fout herhaald wordt. Dit is niet alleen gevolg van ontbreken van de benodigde expertise (wat overigens geldt voor de meerderheid van de bevolking), maar ook doordat IT meestal is afgeschermd en alleen kan worden aangepast door de ontwikkelaars (de interne IT-afdeling of een externe automatiseerder). De broncode, de structuur (topologie) van het neurale netwerk, de trainingsdata: deze zijn niet toegankelijk voor de gebruiker. Bij inzet van IT ontbreekt vaak een effectief mechanisme waarmee de klachten van gebruikers tot daadwerkelijke verbetering van het systeem leiden: je kan als eindgebruiker niet rechtstreeks invloed uitoefenen op ontwikkelaars.⁵⁷ Zelfs als bekend is dat er een fout in zit, moeten gebruikers zich hierbij neerleggen omdat de leverancier in gebreke blijft om de fout te herstellen. De ontwikkelaar heeft misschien geen goede prikkel om perfect werk af te leveren en snel te herstellen.⁵⁸ Bij juristen is er een rechtstreekse prikkel om het werk te verbeteren, omdat juristen direct verantwoordelijk (en vaak ook aansprakelijk) zijn voor juridische fouten. Zij kunnen directe bevelen krijgen, deze direct uitvoeren, en staan bloot aan arbeidsrechtelijke sancties. Welis-

57 Zie B.M.A. van Eck, *Geautomatiseerde Ketenbesluiten & Rechtsbescherming*, diss. Tilburg 2018, over de praktijk bij de Belastingdienst.

58 En inmiddels wordt duidelijk dat de ontwikkelaars zelf ook niet altijd in staat zijn hun systemen te verbeteren op de gewenste wijze. Zie het bekende voorbeeld van het sollicitatie-algoritme van Amazon dat niet gecorrigeerd kon worden om sekse-discriminatie eruit te verwijderen.

waar sluit dit niet uit dat er fouten worden gemaakt, maar het lijkt grotendeels te werken: in elk geval hebben we vat op tekortschietende juristen.

Kan dit worden verbeterd? Moeten juristen de expertise verwerven om algoritmen te kunnen trainen, te wijzigen, te heropvoeden? Moet de ontwikkelaar van een juridisch algoritme voortaan persoonlijk aansprakelijk zijn voor de fouten van zijn algoritme of te trage reactie op aangemelde gebreken? Of blijven we afhankelijk van IT-deskundigen die ver af staan van de directe praktijk, waardoor justitiabelen onrecht moeten verduren totdat een anonieme ontwikkelaar de tijd vrij maakt om te proberen het systeem te corrigeren en een verbeterde versie uit te rollen?

Hiertegen zou men kunnen inbrengen dat dit alleen een tijdelijk probleem is: als er lang genoeg wordt gesleuteld aan het algoritme zal het zo goed worden dat het geen fouten meer maakt. Dit is echter twijfelachtig, niet alleen om de in par. 7.2 besproken redenen, maar ook omdat het recht voortdurend in verandering is. De wet- en regelgeving verandert onophoudelijk, nog afgezien van stapels nieuwe jurisprudentie. In de samenleving worden de wijzigingen van het recht geïmplementeerd doordat juristen op de hoogte blijven van ontwikkelingen in wet en rechtspraak (door cursussen, vakliteratuur). Ook bij concrete fouten is er een in de loop der tijd goed ontwikkeld feedback-systeem. Een menselijk jurist die een fout maakt kan direct door haar leidinggevende op de vingers worden getikt, krijgt directe feedback van een boze cliënt, loopt het risico aansprakelijk gesteld te worden. Een mens kan direct lering trekken van een fout bij een collega, en hoeft niet eerst terug naar de fabriek voor een verbeterde update. Mensen zijn – als het goed is – gemotiveerd en geprikkeld om goed werk te leveren, en kunnen direct worden bijgestuurd door instructies. Mensen kunnen zichzelf verbeteren: zij maken hun eigen updates.

Voor de rechtspraak geldt dit net zo goed, zo niet sterker. Rechters worden opgeleid en krijgen fouten teruggekoppeld via besluitvorming in raadkamer, intervisie, en heroverweging in appel en cassatie. De Hoge Raad beïnvloedt de feitenrechtspraak door een subtiel mechanisme van zwakke precedentwerking, onderscheid tussen recht en feit, en zorgt op zijn beurt weer voor de afstemming met de overheid (in termen als ‘grenzen van de rechterlijke rechtsvorming’, verwijzingen naar de bedoeling van de wetgever). Door de inzet van algoritmen verschuift dit evenwicht op een moeilijk te controleren en te beheersen wijze. Hoe kan de Hoge Raad rechtsontwikkeling beheersen, als de toepassing hiervan mede wordt bepaald door algoritmen die hij niet begrijpt en niet onder controle heeft? Dan hebben we het nog niet eens over de moeilijkheid om te verzekeren dat een algoritme is aangepast aan nieuwe wettelijke

ontwikkelingen en overgangsrecht?⁵⁹ Hoe weten we dat het algoritme de juiste versie van het recht toepast?

Er is dus een goede governance van rechterlijke algoritmen nodig. Volledige openheid van zaken over de ontwikkeling van een algoritme is lastig, omdat dit controle en inzage vereist van het gehele ontwikkelproces, waaronder de trainingsdata en de feedback.⁶⁰ Mijn indruk is dat veel IT-profeten nogal naïef zijn over de mogelijkheden van fraude bij ontwikkeling van algoritmen. Strikt genomen is het zelfs niet uitgesloten dat een kwaadwillende ontwikkelaar stiekem een ander algoritme implementeert en toepast dan dat wat zij aan de controleurs toont.⁶¹ We moeten dan maar vertrouwen op de eerlijkheid van de ontwikkelaar en de afwezigheid van hacks. Bij mensen werken we met andere soorten testen van betrouwbaarheid, die overigens ook niet feilloos zijn, maar wel zijn ingebed in een beproefde governancestructuur. Het wantrouwen dat binnen de techwereld tegen mensen in het algemeen en juristen in het bijzonder wordt tentoongespreid staat in schril contrast tot het vertrouwen dat er tegelijkertijd wordt gesteld in de eerlijkheid en kunde van IT-ontwikkelaars.

Dit leidt tot een algemener punt. Hoe kan de techniek worden ingebed in de totale organisatie, op zodanige wijze dat dit goed werkt? Vallen de verschillende aspecten van juridisch werk goed te ontwarren, ontvlechten? Denk aan mijn opmerkingen in par. 7.1 over een juridische noodrem en het risico dat de IT de juridische beslissing *nudge*-t. Een technische organisatie heeft IT én mensen nodig, terwijl een klassieke organisatie alleen mensen nodig had.

Een gemengd systeem is lastiger te besturen, en is op zichzelf duurder dan een uniform systeem. Ik heb ook aarzeling of bestuurders in het algemeen wel over de capaciteiten beschikken om IT werkelijk goed aan te sturen: bestuurders zijn gewend om mensen aan te sturen, maar laten de IT veelal aan experts over. Zij hebben daardoor niet rechtstreeks vat op de ontwikkeling en verbetering van de IT, terwijl de IT inmiddels menselijke kerntaken overneemt.⁶² Een bestuurder die geen verstand heeft van IT kan bij klachten van gebruikers en afnemers alleen tegen de automatiseerder zeggen dat hij zijn werk beter moet

59 Denk aan de sociale-zekerheidswetgeving, waar vele achtereenvolgende wetsversies tegelijk aan de orde kunnen zijn, maar ook aan situaties als de twee verschillende versies van het Wetboek van Burgerlijke rechtsvordering die op dit moment tegelijk in werking zijn na het afblazen van KEI.

60 Denk aan een bedrijf dat zijn algoritme traint om alle rechtszaken tegen een bedrijf met zijn naam af te wijzen.

61 Doordat de ontwikkelaar stiekem een eigen algoritme substitueert, of zelfs door een hack waarmee een buitenstaander haar eigen algoritme op de computer plaatst. Vergelijk ook de wijze waarop de autoindustrie de tests van uitstoot van dieselmotoren bedroog, doordat de software tijdens de tests de motor in een speciale stand liet werken.

62 Dit is op de keper beschouwd vreemd. Een bestuurder moet weten hoe de uitvoeringspraktijk moet worden verbeterd; dat bestaat er onder andere uit dat zij mensenkennis heeft en weet hoe zij mensen moet aansturen. Zij komt niet weg met zeggen: ik heb geen mensenkennis, dat huren we wel in. Als de uitvoering vervolgens deels in IT is geïmplementeerd, zal de bestuurder moeten weten hoe de IT kan worden verbeterd: dat vereist kennis van hoe IT wordt ontwikkeld en kan worden verbeterd.

doen, maar kan niet werkelijk effectief ingrijpen, met name als de diepere oorzaken liggen in misverstanden ten aanzien van de werkwijze van juridische regels. Dit zou een reden kunnen zijn waarom veel IT-projecten bij de overheid mislukken: de overheid is een organisatie die sterk door het recht wordt geleid (legaliteit), waardoor het functioneren van de IT van wezenlijk belang is, terwijl de implementatie van IT in een door rechtvaardigheid gedreven stelsel buitengewoon lastig is. Een bestuurder die alleen kan werken met de impliciete opleidings- en terugkoppelingsstructuur van een menselijke organisatie zal de mist in gaan wanneer hij denkt dat een gedigitaliseerde organisatie op dezelfde manier kan worden bijgestuurd. IT moet als *Chefsache* worden beschouwd.

7.4 De jurist als musicus

Ondanks al deze bezwaren zal, vermoed ik, de techniek verder oprukken. Algoritmes zullen beter worden en zullen menselijke oordelen steeds beter benaderen. Het voordeel van techniek is dat een eenmaal behaald niveau behouden blijft: de techniek is eenvoudig te reproduceren, en biedt een basis om het systeem verder te vervolmaken. Bij mensen moet je steeds weer beginnen met opleiden van nieuwe werknemers, en ben je afhankelijk van individuele talenten. We moeten daarom niet onderschatten wat op de lange duur technisch mogelijk wordt, ook al zijn er nu meer beperkingen en duurt alles langer dan wel wordt gedacht.

De vraag is op welke wijze techniek in de organisatie wordt geïntegreerd. Er is al lang een wisselwerking tussen mens en techniek bij de uitvoering en toepassing van regelgeving. Vóórdat er computers waren was het weliswaar alleen mogelijk om beslissingen en normen te realiseren door gebruikmaking van mensen. Maar daarbij werden ook steeds geavanceerdere technische instrumenten ingezet. Regulering van bijvoorbeeld de toegang tot een stad vond plaats door een poortwachter, die gebruikmaakte van een passief instrument (de stadspoort). Administratie werd mede bijgehouden met behulp van technieken als de kerfstok,⁶³ ondertekening. Later kwamen er ‘slimmere’ apparaten: het verkeerslicht reguleert verkeersstromen automatisch, zodat er geen menselijke verkeerswachter nodig is, de ‘flitspaal’ constateerde snelheidsovertredingen. Het recht bedt zulke technieken in met regelend en dwingend recht.

Zo zou de mens in controle moeten blijven, maar de techniek wel verder oprukken door concrete instrumenten en gereedschappen. De techniek (men spreekt van LegalTech) zou bijvoorbeeld bepaalde controles kunnen uitvoe-

63 Zie nog art. 1924 oud BW en art. 1333 Code civil tot 2016.

ren: het nalopen van de argumentatie, het controleren of de devolutieve werking van het appel is nageleefd, of alle vorderingen en alle grieven zijn behandeld. Er zou dan een vorm van computer assisted adjudication ontstaan. Berlee bespreekt diverse voorbeelden van documentanalyse bij advocaten (par. 6.3.1).

Het gevolg is waarschijnlijk dat juristen moeten leren gebruik te maken van digitale tools bij hun werk. Waar wij vroeger alle werkzaamheden zelf uitvoerden, verliezen we tot op zekere hoogte het contact met de materie, en om dan nog goed te werken vergt nieuwe *skills* en een nieuw evenwicht. Tot nog toe zijn wij als wandelaars die elke stap zelf zetten, in contact met de weg, met het risico op blessures maar ook met gevoel voor iedere oneffenheid; bij gebruik van de techniek worden wij als fietsers, ruiters, skiërs, die op andere manieren moeten sturen en voortbewegen, met andere risico's en moeilijkheden. Op de rem staan bij een auto is een ander proces dan het halt houden als voetganger. Zo was het vroegere doornemen van NJ-jaargangen misschien saai en langzaam, maar verzekerde dit (bij oplettendheid) dat er niets werd gemist. In par. 6.2.5.4 van haar preadvies beschrijft Berlee hoe met een combinatie van verschillende technieken relevante resultaten zouden kunnen worden gevonden, maar lijkt ook te aarzelen of duidelijk is of deze methoden daadwerkelijk de gewenste volledigheid bereiken (en hoe we dat zouden kunnen verifiëren). We moeten bij toenemend gebruik van algoritmen misschien leren hoe we algoritmen daadwerkelijk kunnen controleren, 'opleiden' en beïnvloeden. Als je het voertuig niet kunt besturen ben je passagier en bepaal je niet langer de richting. Tot nog toe werken juristen vooral met het instrument van de taal, dat we tot een welhaast overdreven graad van verfijning hanteren. Denk bijvoorbeeld aan het verschil tussen 'deze overweging is niet onbegrijpelijk', 'deze overweging is begrijpelijk' en 'terecht wordt overwogen'. Kunnen wij dezelfde mate van controle krijgen over digitale technieken?

Een andere vergelijking helpt misschien om de kwestie te belichten: vroeger waren schilderijen en tekeningen de enige manier om portretten en andere afbeeldingen te verkrijgen. De fotografie heeft dat veranderd, waardoor de functie van een schilderij anders is. De technische vaardigheid met potlood en penseel is niet langer nodig. Dat heeft geleid tot een verlies aan een zekere verfijning die bij zulke technieken nog aanwezig was.⁶⁴ Maar het maken van goede foto's vereist nog steeds enkele vaardigheden die ook bij schilderijen nodig waren, zoals het belang van compositie (terwijl er andere problemen bij kwamen zoals het juiste gebruik van studiobelichting en flitsers). Met Photoshop is het gemakkelijker geworden naderhand aanpassingen te doen, maar het gebruik van Photoshop is ook weer een bijzondere expertise.

64 Interessant in dat verband is de analyse van Walter Benjamin, *Het kunstwerk in het tijdperk van zijn technische reproduceerbaarheid* (1936).

Dit suggereert dat het gebruik van algoritmen voor kerntaken zal vereisen dat we als juristen gebruik moeten leren maken van deze nieuwe technieken, bewust zijn van de nieuwe problemen die deze technieken met zich brengen, en ook weer nieuwe vaardigheden moeten verwerven. Zoals een fotograaf zich geen zorgen meer hoeft te maken over de exacte reproductie van duizenden boomblaadjes (omdat de camera dat automatisch doet), hoeft de jurist van de toekomst misschien niet meer erop te letten of zij een klacht uit een memoerie van grieven of een bewijsaanbod heeft gemist. De toekomstige jurist concentreert zich dan nog meer op de essentie: of de uitkomst uiteindelijk rechtvaardig is. De techniek neemt ons dan een deel van het juridisch handwerk uit handen. Maar voor algoritmische rechtsvorming is meer nodig. De rechter zou bijvoorbeeld continu zelf de training van een algoritme moeten kunnen en mogen corrigeren, door nieuwe trainingsdata toe te voegen en te testen aan een door haarzelf geselecteerde set uitspraken, totdat het algoritme volgens haar oordeel goed werkt.

Opdat dit mogelijk is, is het nodig dat de techniek zich ook goed ontwikkelt. Bij fotografie komt het voor dat een fotograaf lukraak honderden foto's maakt, om daar achteraf de best geslaagde foto uit te kiezen. Zo'n techniek lijkt meer geluk dan kunde.⁶⁵ Dat komt doordat de fotograaf in sommige gevallen slechts beperkte controle heeft over hoe de foto eruit ziet, en dus maar moet hopen dat er 'een goede tussen zit'. Het lijkt niet wenselijk dat een rechter een algoritme honderd concept-uitspraken laat maken om er een uit te pikken die wel redelijk lijkt! Wat in zo'n geval ontbreekt is daadwerkelijke controle in de vorm van directe *feedback*, terugkoppeling. De camera is soms een te afstandelijk instrument. Een beter voorbeeld zou zijn een muziekinstrument: bij een viool of een piano kan de bespeler direct het resultaat beïnvloeden, al is er jarenlange training nodig om er uit te krijgen wat je wilt. De handmatige techniek maakt het mogelijk de bedoeling van de bespeler te realiseren in de werkelijkheid. Van belang is dat de bespeler ook zelf het instrument kan controleren en bijstellen: een viool kan door de violist zelf worden gestemd. Als een piano vals is, moet de pianist echter wachten op de stemmer voordat zij zuivere noten kan voortbrengen. De vormgeving van een instrument kan dus ook ertoe leiden dat mensen controle verliezen.

In fictie zijn er diverse voorbeelden voor geavanceerdere bedieningsvormen. Asimov beschreef in zijn Foundation-serie bijvoorbeeld een *Prime Radiant*: een apparaat waarmee wetenschappers op eenvoudige wijze geavanceerde formules zouden kunnen visualiseren en aanpassen. In films ziet men sinds de film *Minority Report* vaak virtuele schermen die met gebaren zijn te bedienen. Het gaat dan niet zozeer om de achterliggende verwerkingstech-

65 Al is het uiteraard mogelijk dat de fotograaf wel degelijk invloed heeft op het gefotografeerde toneel, zoals bij mode-fotografie.

niek, maar om de *interface* met mensen. Zo'n interface zou het moeten vergemakkelijken om te *focussen* op probleemgebieden, fouten achterhalen en te corrigeren. De rechter zou dan kunnen inzoomen op de gevallen waar het algoritme verkeerde uitkomsten geeft, en bijsturen met nieuwe data of aanpassingen totdat het algoritme weer aanvaardbaar werkt. Hiermee zouden tekortkomingen van digitale techniek kunnen worden gemitigeerd: niet doordat algoritmen menselijk worden, maar doordat zij daadwerkelijk integreren met juristen. De mens kan zich dan aanpassen aan de techniek, omdat de techniek zich ook aan de mens aanpast op een wijze die de mens controle laat behouden.

Techniek wordt nu nog te veel van buitenaf opgelegd. De werkelijke belofte van techniek schuilt in de mogelijkheid om zich aan te passen aan de daadwerkelijke wensen van concrete gebruikers. Individuele juristen (in het bijzonder rechters) moeten dan ook zelf de controle krijgen over de gebruikte techniek zodra die de inhoud raakt. Zij moeten verbeteringen in de systemen kunnen aansturen en afdwingen.⁶⁶

7.5 Tot besluit

Het lijkt van wezenlijk belang dat we als juristen bewust worden van wat het rechtsbedrijf daadwerkelijk inhoudt. Omdat er juristen zijn die een onjuiste opvatting over ons werk presenteren, wordt ook gedacht dat het juridisch werk simpel is en eenvoudig kan worden vervangen door techniek. We leren beter wat het is om jurist te zijn.

Tegelijk laat het preadvies van Berlee zien dat, als we spreken over de invloed van digitalisering op het juridische werk, het nodig is om daadwerkelijk kennis te hebben van de mogelijkheden én beperkingen van techniek. We moeten oog houden voor de manier waarop recht en techniek in een menselijke samenleving opereren.

De discussie over *LegalTech* wordt ten onrechte gezet in de sleutel van *vervanging* van mensen. Het zou moeten gaan over de ondersteuning van mensen: de mens moet de controle houden over het recht, en de techniek moet dat faciliteren door gebruikers in staat te stellen de techniek te besturen en te beïnvloeden. Het draait om een menselijke wijze van interactie met de techniek. Dat stelt ook andere eisen aan ten minste een deel van de juristen: zij moeten niet alleen beschikken over een uitstekende taalbeheersing, maar ook in staat zijn om digitale instrumenten te bedienen. Bestuurders van juridische organisaties moeten techniek niet beschouwen als een manier om de invloed

66 Zie voor een mogelijk voorbeeld M. van der Put, 'Kan artificiële intelligentie de rechtspraak betoveren?', *Rechtstreeks* 2019/2, p. 50-60.

van mensen te verminderen; zij die dit doen leveren zich uit aan een nog minder beheersbare techniek.

We zullen altijd een institutie hebben die rechtvaardigheid nastreeft. Techniek verandert dat niet. Maar het is wel mogelijk dat die institutie beter of slechter functioneert, en ons als juristen en als burgers gaat dat aan het hart. Dat is het belang van de discussie over digitalisering van het recht. Het gaat niet om ons werk, maar om rechtvaardigheid.



Nederlandse
Juristen
Vereniging

www.wolterskluwer.nl



9 789013 159080



verkrijgbaar als e-book
www.wolterskluwer.nl/e-books



Wolters Kluwer